

ELEMENTOS DE TEORÍA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA^{1*}

GUILLERMO ESCOBAR ROCA
Universidad de Alcalá

I. PLANTEAMIENTO

En el momento de escribir estas líneas (noviembre de 2006), el futuro del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa (para abreviar, Constitución Europea, CEu) es todavía una incógnita. Aun cuando el texto llegara a entrar en vigor con el mismo nombre, no sería una *auténtica* Constitución, a menos que otorgáramos a este término un sentido distinto al comúnmente utilizado hasta ahora: la CEu es una norma jurídica con un contenido político similar al propio de las Constituciones pero carece de dos elementos esenciales de las mismas: la aprobación popular (en muchos Estados no se plantea la convocatoria de un referéndum)² y, sobre todo, la supremacía incondicionada³. Desde este punto de vista, la eventual entrada en vigor de la CEu no implicaría, a nuestro juicio, un cambio sustancial con la situación actual⁴, dominada por la vigencia del Tratado de la Comunidad Europea (TCE).

Si no hay una auténtica Constitución Europea tampoco podría hablarse, propiamente, de derechos fundamentales, como término unido, por definición, a la idea misma de

^{1*} El origen del texto se encuentra en los comentarios del autor a los artículos 111 a 114 del Proyecto de Tratado Constitucional, pendientes de publicación en C. F. Molina del Pozo (coord.), *Del Tratado Constitucional al Tratado de Lisboa: análisis y comentarios*. Agradezco a María Díaz Crego sus impresiones sobre un primer borrador de este trabajo.

² El concepto de Constitución es un concepto histórico y hoy, cuando el principio de legitimación democrática es una conquista irrenunciable (además de un principio constitucional, art. 1.2 CE), no podemos aceptar (sí quizás en otras épocas) una norma jurídica suprema que no haya sido *expresa y directamente* aceptada por el pueblo.

³ Un jurista de prestigio, P. CRUZ VILLALÓN (en *La Constitución inédita*, Trotta, Madrid, 2004) señala al respecto lo siguiente: "Si en su día [la CEu] llega a prosperar, será Constitución porque todos los Estados miembros habrán querido que lo sea, y hay que suponer que son Estados que saben lo que es una Constitución. Si el Tratado se aprueba como Constitución de la Unión de veinticinco Estados miembros, y puede que para entonces incluso más, no veo autoridad o competencia técnica [y lo dice un ex - Presidente del Tribunal Constitucional!] para decir que no "es" una Constitución" (p. 138). Más adelante, señala el autor que de su actual art. 1-6 ("La Constitución y el Derecho adoptado por las instituciones de la Unión en el ejercicio de las competencias que se le atribuyen a ésta primarán sobre el Derecho de los Estados miembros") no cabe deducir que la CEu sea jerárquicamente superior a las Constituciones de los Estados, sino que "la realidad [...] es que seguimos con la regla de primacía de aplicación" (p. 139). Por ello, finalmente, CRUZ VILLALÓN no tiene más remedio que proponer, de forma indirecta (lo hace mediante referencias a distintos autores alemanes, sin definirse de forma clara al respecto), un nuevo concepto de Constitución, aceptando que pueda hablarse de Constitución aun sin existir supremacía incondicionada (pp. 146-149).

⁴ Desde luego, en materia de derechos fundamentales, como reconoce el propio CRUZ VILLALÓN, *op. cit.*, esp. pp. 118 y ss., donde se destaca la obsesión de la Parte II de la CEu por "no molestar" y "no innovar".

Constitución⁵. Adoptemos, por ejemplo, el punto de vista de los ciudadanos, que paradójicamente a menudo se olvida. Los derechos que los europeos tienen siguen siendo, ante todo, los reconocidos en su Constitución nacional, y sólo en determinados ámbitos, seguramente poco representativos, los derechos de la CEu. Creemos sin embargo que, con las cautelas oportunas, puede utilizarse el término derechos fundamentales para referirse a los proclamados en la CEu (para marcar las diferencias, derechos fundamentales comunitarios o DFC). Siendo esto así, los grandes problemas de la teoría general de los derechos fundamentales (catálogo, sujetos, contenido e interpretación, intervenciones y límites)⁶ se proyectan también en el ámbito comunitario. A la hora de analizar esta cuestión vamos básicamente a seguir las previsiones de la CEu al respecto, y ello con la pretensión de construir una teoría de los derechos *jurídicamente adecuada*. La mayor parte de estas previsiones provienen de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 2000 (CDF), de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) o, simplemente, están dictadas por el sentido común y son aceptadas por la mayor parte de la doctrina. En otras palabras, aunque la CEu no existiera, los problemas que esta deja sobre la mesa serían los mismos, y es preferible razonar a partir de un texto bien conocido y aceptado, pese a no ser Derecho positivo, que arriesgar una dogmática en el vacío.

II. EL CATÁLOGO DE LOS DERECHOS

1. *¿Numerus apertus o numerus clausus?*

La primera cuestión a dilucidar en el análisis de los DFC es, obviamente, cuáles son estos, y en concreto, si sólo los de la Parte II, sólo los de la CEu, o si también alguno más, llegado de fuentes externas a la misma.

De entrada, hay que señalar que no hay en la CEu niveles variados de normatividad (toda ella es parámetro de control *de constitucionalidad* por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea –TJUE–, casi idéntico, por otra parte, en su estructura y funciones, al actual Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas –TJCE–) ni, como se verá, procedimientos especiales de garantía, por lo que, de entrada, todas las figuras jurídico-subjetivas contenidas en el texto (y no sólo en la Parte II) pueden considerarse DFC.

La CEu contiene una doble cláusula de apertura del catálogo de los DFC, que permite conectar a estos con los derechos humanos⁷:

- 1) Según el artículo I-9.3, “Los derechos fundamentales que garantiza el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Funda-

⁵P. ej., G. ESCOBAR ROCA, *Introducción a la teoría jurídica de los derechos humanos*, Trama, Madrid, 2005, pp. 27 y ss.

⁶Quede ahora fuera, por razones de espacio, el tema de las garantías, de menor interés para la dogmática. Señalemos, sin embargo, que la doctrina se ha apresurado a mostrar su insatisfacción por la no previsión en la CEu de mecanismos especiales de protección de los DFC y por el mantenimiento de la línea restrictiva de la legitimación de los ciudadanos para acceder al TJCE. Un ejemplo más, como iremos viendo, de lo poco que innova la CEu sobre el TCE. Vid. también las notas 34 a 36.

⁷Doble cláusula común en el Derecho constitucional comparado; p. ej., G. ESCOBAR ROCA, *Introducción...*, cit., pp. 35-36. La CEu se mueve en las tendencias más recientes, favorables a la evolución del catálogo de los derechos; así, p. ej., M. DÍAZ CRÉGO, “Los derechos fundamentales en la Unión Europea: de la Carta a la Constitución”, *REDC*, nº 74, 2005, p. 164.

mentales [CEDH] y los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros forman parte del Derecho de la Unión como principios generales”. Nótese que el precepto implícitamente excluye el Derecho internacional general y no habla en realidad de DFC sino de principios generales del Derecho de la Unión. A primera vista, esta redacción implicaría una importante disminución de vinculación: no derechos sino principios, no constitucionales sino meramente de “Derecho de la Unión”. Sin embargo, esta fórmula fue precisamente la utilizada por el TJCE para crear, de forma pretoriana, los DFC antes de la CEu⁸. Es por ello que puede afirmarse que el artículo I-9.3 está pensando en la entrada de auténticos DFC por la vía del CEDH y de las tradiciones constitucionales comunes.

En realidad, comparando los catálogos del CEDH y de la Parte II de la CEu, no es mucho lo que de aquel falta en esta; más que de apertura por derechos nuevos podría hablarse de apertura por futuros Protocolos, por un lado, y de interpretación (extensiva) de los derechos por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), por otro; esto último es algo que exige otro precepto, el artículo II-112.3, al que nos referiremos después. En cuanto a la apertura por remisión a las “tradiciones constitucionales comunes”, también más adelante hablaremos de las dificultades que plantea la interpretación de esta expresión, las cuales hacen difícil que por esta vía penetren derechos nuevos.

- 2) El artículo II-61 configura la dignidad humana como un DFC⁹. De esta forma, como es habitual en la jurisprudencia comparada, se permite la apertura del catálogo a nuevas figuras, no expresamente contenidas en el mismo.

2. ¿Derechos y principios?

Un segundo problema del catálogo consiste en determinar si todas las figuras reconocidas en la Parte II de la CEu son, efectivamente, “derechos”. El artículo II-112.5 CEu, introducido por la Convención a propuesta del Grupo II, tiene por principal finalidad establecer una suerte de menor vinculación de determinadas disposiciones de la Parte II, y en concreto de todas aquellas que, a juicio de la propia Convención, no reconocen derechos subjetivos fundamentales sino meros “principios”. Con un documento político como la CDF no se planteaba el viejo problema de la efectividad jurídica del Estado social y de los riesgos que este conlleva para la concepción dominante (liberal) del Estado y de los derechos. Este problema aparece ahora en toda su magnitud con la CEu, texto que quiere tener eficacia directa e imponer obligaciones jurídicas a la Unión y, en menor medida, a los Estados. Parece que la Convención constata, en octubre de 2002, que la CDF fue demasiado lejos en la exigencia de obligaciones a los poderes públicos e intenta dar marcha atrás con el artículo II-112.5, aunque de forma ambigua, como si la rectificación o regresión se hiciera a medias, casi a hurtadillas, trasladando el problema al futuro intérprete de la CEu.

⁸Al menos desde *Stauder* (29/69, de 12 de noviembre de 1969): “Los derechos fundamentales de la persona están comprendidos dentro de los principios generales de Derecho comunitario cuyo respeto garantiza el Tribunal de Justicia”.

⁹Pese a ello, por su fundamento y contenido, se asemeja más a un principio que a un derecho, tal y como sucede en los ordenamientos constitucionales nacionales. Vid., al respecto, P. SERNA, “La dignidad humana en la Constitución Europea”, en E. Álvarez Conde y V. Garrido Mayol (dirs.), *Comentarios a la Constitución Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 194 y ss.

La primera y principal dificultad interpretativa que plantea el precepto es determinar las disposiciones de la Parte II que contienen principios, cuestión esta que el constituyente europeo, llamativamente, deja en la penumbra. La doctrina ha avanzado ya algunas propuestas; sobre todo, dos¹⁰:

- 1) Los principios son los derechos sociales o, según otras versiones, los derechos de prestación. Esta posición debe descartarse de raíz, por cuanto equivaldría a disminuir extraordinariamente la naturaleza propiamente constitucional de una parte esencial de la CEu, contrariando además la interpretación literal de la misma, que con reiteración califica los derechos sociales o de prestación como derechos, lo que, en el uso consolidado del término implica, ante todo, derechos subjetivos. Se sustenta en una *precomprensión* liberal de los derechos que en el Estado social y en la doctrina más avanzada puede considerarse superada¹¹.
- 2) Los principios son los derechos que precisan desarrollo legislativo. Esta postura, similar en sustancia a la anterior, tampoco resulta admisible. Aunque el tema será tratado después, adelantemos ya que cuando el constituyente europeo realiza remisiones, bien al Derecho de la Unión, bien a las leyes y prácticas nacionales, está indicando únicamente dos cosas: que determinados derechos incluyen, como parte de su contenido, actuaciones positivas de los poderes públicos, y que hay un cierto margen de maniobra para la determinación de dicho contenido por parte del legislador comunitario y, en su caso, del legislador estatal. Por tanto, de esas remisiones no cabe derivar, en modo alguno, que los derechos correspondientes no sean auténticos derechos, esto es, derechos exigibles. Entenderlo así implicaría, como en la postura anterior, hacer prevalecer una concepción liberal de los derechos sobre la interpretación *constitucionalmente adecuada* del artículo II-112.5.

En nuestra opinión, la determinación de cuáles son los principios de la Parte II de la CEu debe partir de los elementos con que contamos para llevar a cabo la interpretación jurídica, según los métodos propios de esta, adaptados a las peculiaridades de la norma constitucional, orientada por los principios constitucionales realmente decisivos (esto es, por los principios constitucionales en el sentido estricto del término), a partir, en su caso, de una previa concepción de los mismos, que debe ser explicitada. Los elementos con que contamos son tres, los dos primeros útiles para la interpretación sistemática y el tercero, para la interpretación auténtica: en primer lugar, los principios son algo contrapuesto a los “derechos y libertades” (párrafo final del Preámbulo de la Parte II) o a los “derechos” (art. II-111.1 y título del art. II-112); en segundo lugar, según el artículo II-111.1 los principios se observan y promueven (a diferencia de los derechos, que únicamente se respetan); por último, según el Informe final del Grupo II, antecedente inmediato del apartado que comentamos, los principios guardan relación “especialmente” (es decir, no en todos los casos) con la

¹⁰Apuntadas ambas, sin una opción clara en favor de ninguna de ellas, en B. RODRÍGUEZ RUIZ, “La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea: acuerdos y desacuerdos”, en E. Gómez Corona, P. Gutiérrez Vega y R. Leñero Bohórquez (coords.), *Una Constitución para la ciudadanía en Europa*, Aranzadi, Pamplona, 2004, p. 191.

¹¹En efecto, nada hay en la estructura de los derechos sociales o de prestación que impida considerarlos *auténticos* derechos. Vid. G. ESCOBAR ROCA, *Introducción...*, cit., pp. 58 y ss. Para más detalles, G. PISARELLO, *Los derechos sociales y sus garantías* (en prensa), esp. cap. 4.

“legislación de carácter social”, única concreción material que encontramos del grupo de disposiciones que cabe entender como principios.

A nuestro juicio, de los elementos que anteceden cabe deducir que los principios de la Parte II sólo pueden ser aquellos que cumplen una doble condición: no recogen derechos¹² (ya que estos se contraponen a los principios) e incluyen políticas activas con un cierto contenido social¹³, en el sentido amplio de la expresión. Esta doble condición sólo es predicable de los artículos II-71.2 *in fine* (principio de pluralismo de los medios de comunicación), II-82 (principio de diversidad cultural, religiosa y lingüística), II-83, 2º párrafo (principio de discriminación positiva por razón de sexo), II-93.1 (principio de protección de la familia), II-95, 2ª frase (principio de protección de la salud), II-97 (principio de protección del medio ambiente) y II-98 (principio de protección de los consumidores).

A estos siete principios de la Parte II se dirigen dos reglas, una positiva y otra negativa:

- 1) Los principios “podrán aplicarse mediante actos legislativos y ejecutivos adoptados por las instituciones y organismos de la Unión, y por actos de los Estados miembros cuando apliquen el Derecho de la Unión”. Esta regla no añade nada relevante, pues podía deducirse fácilmente tanto del deber de vinculación de la Unión y los Estados a los derechos fundamentales (art. II-111) como del contenido mismo de los principios, encaminados todos ellos, claramente, hacia políticas activas de los poderes públicos.
- 2) Los principios “Sólo podrán alegarse ante un órgano jurisdiccional en lo que se refiere a la interpretación y control de la legalidad de dichos actos”. Esta fórmula, que guarda aparente semejanza con la frase final del artículo 53.3 CE¹⁴, es el eje de todo el artículo 112.5 y viene a concretar el sentido de la categoría de los principios, en qué medida estos no son *auténticos* derechos. Por definición, los derechos fundamentales son directamente exigibles ante los tribunales. En contraste, los principios sólo serían exigibles¹⁵ de forma indirecta, cuando se haya

¹²Los preceptos que recogen derechos son, obviamente, los que mencionan literalmente el término “derecho” (o su equivalente “libertad”), y aquellos en los que este término pueden deducirse con facilidad del sentido del texto: arts. II-61 (derecho a la dignidad humana), II-64 (derecho a no ser sometido a tortura ni penas o tratos inhumanos o degradantes), II-65 (derecho a no ser sometido a esclavitud o trabajo forzado), II-79 (derecho a no ser devuelto, extraditado o expulsado), II-80 (derecho a la igualdad), II-81 (derecho a la no discriminación), II-83 (derecho a la igualdad entre hombres y mujeres), II-92 (derecho de los niños a no trabajar y de los jóvenes a la protección en el trabajo), II-96 (derecho de acceso a los servicios de interés económico general), II-106 (derecho a la protección diplomática y consular), II-107 (derechos al consejo, defensa y representación y a la asistencia jurídica gratuita), II-108.1 (derecho a la presunción de inocencia) y II-109 (derechos a la legalidad y proporcionalidad de los delitos y las penas).

¹³En la Parte II sólo encontramos un precepto que no incluye ni un derecho (autónomo) ni una política activa de los poderes públicos: el art. II-68.3.

¹⁴La doctrina española se ha apresurado a establecer equivalencias, sin advertir que entre ambos preceptos existe una diferencia esencial: desde la lectura “canónica” del art. 53.3 (para una interpretación alternativa, G. ESCOBAR ROCA, *La ordenación constitucional del medio ambiente*, Dykinson, Madrid, 1995, pp. 71-76), los principios del Capítulo III del Título I CE exigen una ley previa de desarrollo; por el contrario, para la exigibilidad de los principios de la Parte II CEu basta un acto administrativo (o una ley), que *afecte* al derecho en cuestión.

¹⁵En realidad, el texto dice “alegables”, y la traducción es correcta (compárense sino con otras versiones lingüísticas: *judicially cognisable, leur invocation n'est admise, essere invocato, herangezogen werden*), pero lo que el texto quiere decir es “exigibles”: todo puede ser alegable ante los tribunales.

producido un acto ejecutivo o legislativo; es decir, a diferencia de los derechos, no pueden invocarse ante la ausencia total de actuación del poder público. Sin embargo, no cabe descartar del todo la exigibilidad de los principios cuando la legislación correspondiente prevea el acto administrativo presunto, en caso de silencio administrativo.

En el supuesto indicado, los principios no pueden exigirse, pero pueden ser invocados; si no pudieran ser invocados no serían normas jurídicas sino mera retórica. Por ejemplo, pueden ser utilizados para justificar intervenciones sobre los derechos fundamentales (p. ej., el pluralismo como límite de la libertad de expresión o la discriminación positiva como límite de la igualdad formal) o para interpretar extensivamente el contenido de los mismos (p. ej., la diversidad religiosa en relación con la libertad religiosa o la protección del medio ambiente en relación con el derecho a la protección de la salud). En estos últimos ejemplos los principios podrían ser exigidos a través de otros derechos fundamentales.

Es importante destacar, por último, que tanto en la exigencia como en la alegación de los principios el parámetro de control a considerar no es la ley en sentido formal (nótese la diferencia esencial con nuestro art. 53.3 CE) sino en sentido material (esto es, el bloque de la legalidad, presidido por la CEU); entender lo contrario llevaría al absurdo de tener que contrastar la ley consigo misma.

3. ¿Derechos de configuración legal-estatal?

Los derechos son fundamentales si resultan vinculantes desde su mero reconocimiento en la Constitución (en nuestro caso, en la CEU), sin necesidad de esperar a su desarrollo legislativo (en nuestro caso, al Derecho de los Estados miembros): hablar de derechos fundamentales de configuración legal o estatal resulta una contradicción en sus propios términos¹⁶. El artículo II-112 se cierra con un apartado preocupante a este respecto, que en realidad no añade nada nuevo a las menciones específicas que la Parte II de la CEU realiza a las leyes nacionales, en unos casos, o a las leyes y prácticas nacionales, en otros¹⁷. A la vista de la remisión que el propio precepto realiza (“según lo especificado en la presente Carta”) y del Informe final del Grupo II, antecedente inmediato del artículo II-112.6, parece que este apartado incluye, más que una regla dirigida específicamente al intérprete, un recordatorio a todos los poderes públicos de la no afectación de la Parte II al sistema de distribución de competencias entre la Unión y los Estados, ya afirmada por el artículo II-111, como después veremos.

Los preceptos que contienen las remisiones citadas en el artículo II-112.6 son los siguientes: a las leyes nacionales, los artículos II-69 (derecho a contraer matrimonio y a fundar una familia), II-70.2 (derecho de objeción de conciencia) y II-74.3 (libertad de

¹⁶P. ej., G. ESCOBAR ROCA, *Introducción...*, cit., p. 29.

¹⁷Así, P. CRUZ VILLALÓN, *La Constitución inédita*, cit., p. 125.

creación de centros docentes); y a las leyes y prácticas nacionales, los artículos II-76 (libertad de empresa), II-87 (derecho a la información y consulta de los trabajadores en la empresa), II-88 (derecho de negociación y acción colectiva), II-90 (derecho a protección en caso de despido injustificado), II-94 (derecho de acceso a las prestaciones de seguridad social y servicios sociales), II-95 (derecho a la protección de la salud) y II-96 (derecho de acceso a los servicios de interés económico general). El grupo de estos diez derechos resulta heterogéneo, tanto por su estructura como por su contenido. El criterio de selección parece haber sido el de la mayor diversidad existente entre las regulaciones nacionales correspondientes. Además, todos estos derechos podrían tener un contenido diferente, según la orientación política en el poder (p. ej., por “familia” pueden entender algo distinto gobiernos conservadores o progresistas, o la intervención sobre la libertad de empresa será mayor con gobiernos socialdemócratas que con liberales), y la CEU pretende aquí respetar expresamente esa autonomía política de los Estados. Esta opción resulta especialmente significativa si tenemos en cuenta que sobre muchos de los derechos citados (en especial, la libertad de empresa y los derechos de los trabajadores) la Unión cuenta con títulos competenciales que podrían permitir cómodamente su intervención.

El sentido del artículo 112.6 es bien distinto al propio de los artículos 112.4 (remisión a las tradiciones constitucionales comunes) y 113 (remisión a las Constituciones nacionales). Como después se verá, estos dos últimos preceptos contienen reglas dirigidas a interpretar los DFC, sin admitir una diversidad de contenidos nacionales. El precepto que ahora comentamos, por el contrario, tiene por finalidad recordar que, en relación con diez figuras específicas, la Unión sólo limitadamente puede ejercer sus competencias, resultándole vedada una determinación completa de su contenido, el cual, de esta forma, exigiría una bipartición: un contenido constitucional, igual para toda la Unión (derecho fundamental comunitario), y un contenido adicional, distinto para cada Estado (derecho fundamental nacional)¹⁸. De esta forma, es evidente que la naturaleza *comunitaria* de estas figuras queda notablemente desdibujada¹⁹.

III. LOS SUJETOS DE LOS DERECHOS

1. Titulares

No hay ninguna referencia en las disposiciones horizontales de la Parte II de la CEU a los titulares de los DFC, resultando aplicables al caso las consideraciones comunes, procedentes sobre todo de la jurisprudencia constitucional comparada²⁰, en torno a cuestiones tales como el comienzo y fin de la personalidad²¹, los derechos de los menores y de otros

¹⁸Resultaría contradictorio admitir un derecho fundamental cuyo contenido pudiera variar de un país a otro. La situación no es muy distinta a la producida cuando el TEDH toma en consideración el “margen de apreciación” de los Estados a la hora de determinar el contenido de un derecho.

¹⁹En este sentido, R. GARCÍA MANRIQUE, “Los derechos de la Carta Europea de Derechos”, *Derechos y Libertades*, nº 11, 2002, pp. 381-382.

²⁰Para una panorámica de la *communis opinio* al respecto, nuevamente, G. ESCOBAR ROCA, *Introducción...*, cit., pp. 67 y ss.

²¹El art. I-63 ofrece pautas novedosas en el Derecho constitucional comparado.

colectivos o grupos desaventajados²², las relaciones de sujeción especial y los derechos de las personas jurídicas²³.

Mención especial requiere el tema de la extranjería, cuestión hoy central de la titularidad de los derechos fundamentales. En un texto más cercano, por su contenido y posición jurídica, al Derecho internacional que a las Constituciones estatales, resulta lógico que la solución adoptada sea más respetuosa con el principio de universalidad²⁴, que llega incluso a reconocerse con carácter general: “Se prohíbe toda discriminación por razón de nacionalidad en el ámbito de aplicación de la Constitución y sin perjuicio de sus disposiciones particulares” (art. II-81.2). Así, los únicos derechos que se reconocen a los ciudadanos europeos, y por tanto no (expresamente) a los extranjeros, son los tres siguientes²⁵: derecho de sufragio en las elecciones al Parlamento Europeo (art. II-99.1) y en las elecciones municipales del Estado miembro en el que residan (art. II-100); libertad de circulación y residencia (art. II-105), con la posibilidad, en este caso, de reconocimiento posterior del derecho “a los nacionales de terceros países que residan legalmente en el territorio de un Estado miembro”; y protección diplomática y consular (art. II-106). Nótese la falta de coordinación existente entre la Parte II de la CEU y el artículo I-10.2 de la misma, el cual señala, entre los derechos propios de los ciudadanos de la Unión, además de los recién citados, otros tres más: el derecho de petición ante el Parlamento Europeo, el derecho de queja ante el Defensor del Pueblo Europeo y el derecho al uso de las lenguas de la CEU ante las instituciones y órganos consultivos de la Unión. Como se aprecia con la mera lectura de las normas de reconocimiento de estos derechos en la Parte II (respectivamente, arts. II-104, II-103 y II-101), se trata de derechos de titularidad universal, si bien restringida a los residentes en el territorio de la Unión²⁶.

También en relación con la cuestión de la extranjería, queda la duda de si las remisiones a las leyes y prácticas nacionales permiten atribuir la titularidad de los derechos respectivos sólo a los ciudadanos comunitarios²⁷. Si bien habrá de estarse a la letra y al contexto de cada precepto en particular, de entrada y con carácter general nos inclinamos por una respuesta negativa: la referencia habitual a “modalidades” y “condiciones” alude más bien al contenido de las prestaciones (casi siempre se trata de derechos de prestación) y no a la titularidad de los derechos, cuestión esta que, por su importancia, no debería quedar en manos de lo que dispongan los Estados.

²² Arts. II-82 a II-86, si bien no siempre con la forma de derecho fundamental.

²³ Reconocidos expresamente, estos últimos, en algunos preceptos (p. ej., arts. II-102 a II-104), lo que no impide que puedan admitirse también en otros.

²⁴ G. ESCOBAR ROCA, *Introducción...*, cit., pp. 67-78 y 71-72.

²⁵ En muestra de la extensión del principio de universalidad, compárense, p. ej., los arts. 14 CE y II-80 CEU, 35.1 CE y II-89 CEU o 47 CE y II-94.3 CEU.

²⁶ Hubiera sido más correcto (dicho sea en términos de política constitucional) evitar la referencia a la residencia, pues en hipótesis (no así con el Derecho vigente: arts. 194 y 195.1 TCE) podrían acudir (aunque, ciertamente, será algo excepcional) al Parlamento Europeo o al Defensor del Pueblo Europeo extranjeros en tránsito por el territorio de la Unión, sin residencia en el mismo. La CEU, nuevamente, opta aquí por la no innovación.

²⁷ Parece claro que no resulta posible atribuir la titularidad de los DFC sólo a los nacionales. Para más detalles, A. ELVIRA PERALES, “La ciudadanía europea. El principio de no discriminación por razón de la nacionalidad”, en E. Álvarez Conde y V. Garrido Mayol (dirs.), *Comentarios a la Constitución Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 105 y ss.

2. OBLIGADOS

2.1. La Unión Europea

El obligado natural por los DFC es la propia Unión Europea, vinculación que deja clara el artículo II-111.1, primero con la fórmula “están dirigidas”²⁸ y después con la trilogía “respetarán”, “observarán” y “promoverán”. De esta forma, las “instituciones, órganos y organismos de la Unión” son los primeros destinatarios de la Parte II de la CEU, y sólo a ellos los DFC se dirigen con toda su intensidad. Esta vinculación no es ninguna novedad y no cambia sustancialmente la situación anterior: como ha sido relatado en innumerables ocasiones, procede de una vieja jurisprudencia del TJCE, después incorporada al TUE²⁹. La CEU aporta ahora, sobre todo, dos novedades: una mayor certeza, al fijar en un catálogo cerrado cuáles son los derechos que vinculan a la Unión, y un mayor grado de exigencia, al apostar por un listado que incluye bastantes figuras nuevas, muchas de ellas desconocidas por el CEDH y las Constituciones nacionales.

Dentro de la Unión, la vinculación se dirige, como decíamos, a todas las “instituciones, órganos y organismos de la Unión”, trilogía que coincide con la que encabeza la Sección IV del Capítulo I del Título VI de la Parte III de la CEU. No siempre hay una distinción clara en la CEU entre las tres categorías; en todo caso, la diferenciación carece de relevancia para nuestro tema. A unas u otras pertenecen el Parlamento Europeo, el Consejo Europeo, el Consejo de Ministros, la Comisión Europea, el Tribunal de Justicia, el Tribunal de Cuentas, el Banco Central Europeo, el Comité de las Regiones, el Comité Económico y Social y el Banco Europeo de Inversiones. La supresión por la Conferencia de 25 de junio de 2004 de la referencia del texto anterior a las agencias abre la duda de si las mismas (p. ej., la Agencia Europea de Defensa) se encuentran excluidas de la vinculación a los DFC. A nuestro juicio, desde una consideración amplia del término “órganos y organismos” y, sobre todo, desde la interpretación finalista del conjunto del precepto, no puede aceptarse esta exclusión. Por último, a la hora de resolver las dudas que se planteen sobre la más exacta determinación de los sujetos obligados puede acudir, *mutatis mutandis*, a la jurisprudencia del TJCE sobre el primer párrafo del artículo 230 TCE³⁰ (art. III-365.1 CEU).

La estructura y contenido de cada DFC determina inicialmente la forma de vinculación de la Unión, cuestión apuntada (sin demasiado acierto, como veremos) por la trilogía “respetarán”, “observarán” y “promoverán”. En el catálogo de DFC encontramos los dos tipos básicos, reconocidos por la dogmática de los derechos³¹: derechos de defensa (que protegen frente a la agresión externa y exigen ante todo la abstención de los pode-

²⁸Más adecuado hubiera sido utilizar una expresión más fuerte, como “vinculan”, utilizada, p. ej., por los arts. 1.3 LFB y 53.1 CE.

²⁹Hemos arriesgado una valoración sintética de toda esta evolución en G. ESCOBAR ROCA, “La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas: análisis y comentarios”, en R. Chamorro Mora y C. F. Molina del Pozo (coords.), *Derecho Comunitario Comparado*, Imprimatur, Managua, 2003, pp. 279 y ss. Para un análisis más amplio, vid., por todos, M. PI LLORÉNS, *Los derechos fundamentales en el ordenamiento comunitario*, Ariel, Barcelona, 1999.

³⁰La legitimación pasiva del recurso de anulación no ha resultado especialmente problemática. Entre la escasa jurisprudencia, vid. la STJCE de 23 de abril de 1986 (294/83).

³¹Últimamente, p. ej., G. ESCOBAR ROCA, *Introducción ...*, cit., pp. 53 y ss.

res públicos) y derechos de prestación, en el amplio sentido del término (que imponen actuaciones positivas a los poderes públicos, de variado signo: prestaciones materiales, servicios públicos, creación de órganos y procedimientos). En el estadio actual de evolución de los derechos, muchas de las figuras tienen una estructura compleja y participan de las características de ambos tipos; así por ejemplo, hoy se considera que los derechos de defensa incluyen normalmente una faceta prestacional, necesaria para su mejor disfrute en condiciones de igualdad. Es importante resaltar que, con independencia de que se admita o no esta faceta prestacional de los derechos de defensa, el amplísimo reconocimiento en la Parte II de derechos de prestación impone necesariamente una forma concreta de vinculación de la Unión: sin actuaciones positivas de sus “instituciones, órganos y organismos” los derechos de este tipo perderían su sentido, convirtiendo la idea de vinculación en una fórmula vacía y en letra muerta casi la mitad del catálogo. Desde esta perspectiva, la trilogía mencionada por el precepto no resulta muy acertada: dejando aquí de lado la problemática bipartición entre derechos y principios, los términos “observarán” y “promoverán” reflejan con demasiada palidez la especial vinculación activa característica de buena parte de las figuras.

La precisión del modo de vinculación de la Unión corresponde a la dogmática propia de cada figura concreta de derecho fundamental. Sin embargo, debe llamarse la atención aquí sobre una forma de vinculación relativamente débil, pero no por ello menos relevante, que afecta a todos los poderes de la Unión, en relación con la totalidad del catálogo de derechos: en la línea de lo apuntado, antes de la misma CDF, por el TJCE en su Dictamen 2/94, de 28 de marzo de 1996, sobre la adhesión al CEDH, la comprensión de los derechos como “principio horizontal” u “objetivo transversal”, destinado a inspirar la puesta en práctica de todas las políticas sectoriales y la interpretación de todo el Derecho comunitario; trasunto esto último del principio constitucional interno de interpretación de las normas de conformidad con los derechos fundamentales. En relación con el TJUE, esta idea debería alterar la tradicional concepción del TJCE de los derechos, marcada excesivamente por la perspectiva económica³².

De otro lado, resulta claro que la intensidad de la vinculación no es idéntica para todos los poderes de la Unión: cada uno ocupa una posición institucional distinta, lo que no deja de incidir en esta materia. La CEu mantiene la confusión de poderes característica del TCE, por lo que no resulta adecuado acudir aquí al clásico criterio de clasificación del Derecho constitucional estatal, procedente de MONTESQUEU (legislativo, ejecutivo y judicial), sino a otras formulaciones, como la de GARCÍA PELAYO, que distinguen entre funciones de decisión, de ejecución y gestión y de control³³. Correlativamente a su grado de discrecionalidad política, la vinculación a los derechos será más intensa en los órganos de control, intermedia en los órganos de ejecución y gestión y menos intensa en los órganos de decisión.

En cuanto al control de la vinculación, la CEu guarda silencio sobre el modo de hacer efectiva la vinculación de la Unión a los DFC. La Unión Europea respeta el principio del

³²Vid., p. ej., nuestro comentario al art. II-71 CEu en la obra citada al comienzo de este trabajo, y nuestras propuestas en favor de una evolución jurisprudencial en esta dirección.

³³M. GARCÍA PELAYO, “Estado”, en *Diccionario del sistema político español*. Akal, Barcelona, 1984, p. 251.

Estado de Derecho (art. I-2 CEu), por lo que la garantía de esta vinculación ha de ser, predominantemente o en última instancia, de tipo jurisdiccional³⁴. La ausencia de un procedimiento específico dirigido a asegurar la vinculación de la Unión a los derechos fundamentales³⁵ no es óbice para dicha vinculación, la cual puede lograrse, sobre todo, mediante los procedimientos de los artículos III-365 a III-368 (recursos de anulación y omisión), tal y como venía sucediendo con anterioridad a la CEu³⁶. Junto a ello, una concepción más generosa de la legitimación de los particulares, en estos y otros procesos, resulta casi exigida por la misma existencia de un catálogo de DFC³⁷.

2.2. Un paréntesis necesario: derechos fundamentales y distribución de competencias

Como se advierte en la experiencia de todos los Estados compuestos, especialmente de los que responden, formal o materialmente, a la estructura federal, los derechos fundamentales tienen incidencia sobre el sistema de distribución de competencias entre las distintas organizaciones, y ello aunque dicha incidencia no se encuentre expresamente reconocida por la Constitución formal. Como es natural, este problema se plantea igualmente en una forma política que, como la Unión Europea, tiende a asemejarse al modelo federal. Siendo esto así, el temor de que una declaración comunitaria de derechos pudiera afectar (negativamente, se entiende) a las competencias de los Estados miembros estaba suficientemente justificado, y de ahí la previsión, en cierto modo adelantada ya, con carácter general, por el artículo I-5.1 CEu, del artículo II-111, el cual, con cierta reiteración y no muy correcta técnica jurídica intenta prevenir frente a este riesgo.

La idea básica se expresa en la parte de la segunda frase del apartado 1 del precepto que procede de la CDF: la Unión y los Estados³⁸ “respetarán los [DFC], observarán los principios y promoverán su aplicación, *con arreglo a sus respectivas competencias*”. De esta fórmula se desprenden, como punto de partida, dos mandatos: en primer lugar, los DFC han de vincular, *de algún modo*, tanto a la Unión Europea como a los Estados; en segundo lugar, los DFC no alteran (sustancialmente, se entiende) el sistema de distribución de competencias entre la Unión y los Estados. El artículo II-111 insiste (sin mucho orden ni claridad), sobre todo, en el segundo mandato. Sin embargo, si apostáramos únicamente por él, estaríamos desvirtuando el alcance del primer mandato, y con ello minimizando toda idea de vinculación y poniendo en riesgo la misma eficacia jurídica de la Parte II de la CEu.

³⁴Predominio que no descarta, desde luego, la utilización, *mutatis mutandis*, del típico elenco de garantías de los derechos, descrito en numerosas ocasiones por la doctrina constitucional. P. ej., G. ESCOBAR ROCA, *Introducción...*, cit., pp. 127 y ss.

³⁵Procedimiento propuesto reiteradamente ya por la doctrina. En España, p. ej., R. ALONSO GARCÍA, “Las cláusulas horizontales de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea”, en E. García de Enterría y R. Alonso García (dirs.), *La encrucijada constitucional de la Unión Europea*, Civitas, Madrid, 2002, p. 170.

³⁶Desde luego, prácticamente todos los procedimientos ante el TJCE son válidos para proteger los derechos fundamentales. La escasa utilización hasta ahora del recurso por omisión debería concluir en un futuro próximo, dada el amplio reconocimiento de derechos de prestación, que por su naturaleza exigen actuaciones positivas de la Unión.

³⁷Vid., p. ej., R. ALONSO GARCÍA, “Las cláusulas...”, cit., pp. 168-170. Destacando las nuevas posibilidades de acceso abiertas por la CEu, M. DÍAZ CREGO, “Los derechos...”, cit., pp. 168 y ss.

³⁸La traducción al castellano del precepto es defectuosa y resulta necesario acudir a otras versiones para leerlo correctamente: literalmente, “éstos” serían sólo los Estados, no la Unión y los Estados.

De entrada, del artículo II-111 se desprende una regla básica: la Parte II no permite ampliar el catálogo de las competencias de la Unión. Como es sabido, las competencias de la Unión son de atribución, de forma tal que “Toda competencia no atribuida a la Unión en la Constitución corresponde a los Estados miembros” (art. I-11.2 CEU). Gracias a ello, la Unión tiene competencias de distinto tipo, que en muchos casos pueden guardar relación con los derechos fundamentales y permitir actuaciones de índole diversa sobre ellos:

- 1) Competencias exclusivas (arts. I-12.1 y I-13 CEU). Por ejemplo, en lo relativo a “las normas sobre la competencia necesarias para el funcionamiento del mercado interior” la Unión puede legislar y adoptar actos jurídicamente vinculantes en exclusiva, interviniendo de este modo, de forma más bien indirecta, sobre derechos cuyo ejercicio tenga trascendencia económica: no sólo sobre la libertad profesional (art. II-75.1 CEU), la libertad de empresa (art. II-76) o el derecho a la propiedad (art. II-77) sino también, entre otros, sobre la protección de datos (art. II-68), la propiedad intelectual (art. II-77.2 CEU) e incluso sobre la tutela judicial (art. II-107) en relación con determinados sectores económicos³⁹. Por su parte, la competencia exclusiva sobre “conservación de los recursos biológicos marinos” puede incidir parcialmente sobre la protección del medio ambiente (art. II-97).
- 2) Competencias compartidas (arts. I-12.2 y I-14 CEU), que prevalecen sobre las estatales cuando son ejercidas por la Unión (*preemption*). Se encuentran diseminadas a lo largo de toda la CEU (cláusula residual del art. I-14.1) y abren un amplio campo de actuación en el ámbito de los derechos fundamentales. En primer lugar, hay títulos competenciales que coinciden sustancialmente con el desarrollo de determinadas figuras (o de parte de su contenido), como la libre circulación de personas y servicios (arts. III-133 a III-150), en relación con la libertad de circulación o residencia (art. II-105) o las políticas de igualdad (arts. III-116 y III-118), en relación con los derechos de los artículos II-83 y II-81, respectivamente. En segundo lugar, muchos otros títulos afectan directamente a derechos fundamentales, en especial a derechos sociales y a los llamados derechos de tercera generación, buena parte de ellos incorporados a la CEU precisamente por haber sido objeto de actuaciones previas de la Unión. Sin salir del artículo I-14.2 CEU y tomando como ejemplo algunas actuaciones ya realizadas, fundadas en competencias atribuidas por el TCE, puede preverse una incidencia directa sobre los derechos de los trabajadores (arts. II-87 a II-92), la protección del medio ambiente (art. II-97) o la protección de los consumidores (art. II-98).
- 3) Competencias de coordinación (art. I-15) o de apoyo, coordinación o complemento (art. I-17). Especialmente mediante la coordinación, se permite a la Unión un amplio margen de intervención, que incide indudablemente sobre derechos tales como la educación (art. II-74) (coordinación sobre “la educación [y] la formación profesional), los derechos del menor (art. II-84, coordinación sobre “juventud”) o la salud (art. II-95; coordinación en materia de “protección y mejora de la salud humana”).

³⁹Estos dos últimos ejemplos proceden de actuaciones comunitarias fundadas en el art. 95 TCE.

- 4) Competencias sobre política exterior y de seguridad común (art. I-16). Los Estados deben “apoyar activamente y sin reservas” las actuaciones de la Unión en este campo, absteniéndose “de toda acción contraria a los intereses de la Unión o que pueda mermar su eficacia”. De esta forma se abre un amplio campo de actuación, adelantado ya por el artículo I-3.4, en todo lo relativo a la política internacional sobre derechos humanos⁴⁰ y a la prevención frente a agresiones externas, lo que podría afectar especialmente al derecho fundamental a la libertad y a la seguridad (art. II-66).

Es evidente que, en relación con estos cuatro tipos de competencias atribuidas a la Unión, el margen de indeterminación es considerablemente amplio y la tendencia natural de los poderes públicos correspondientes será interpretar de forma extensiva el alcance de las materias respectivas⁴¹. A ello se suma la “cláusula de flexibilidad” del artículo 17 CEu, heredero del artículo 308 TCE⁴², que permite a la Unión (tras propuesta de la Comisión y aprobación del Parlamento Europeo y por unanimidad del Consejo de Ministros) actuar sobre políticas de directa incidencia sobre derechos fundamentales (política social, medio ambiente, protección de los consumidores, asilo e inmigración, salud pública, cultura y educación, entre otras), con el único requisito material de la necesidad de alcanzar cualquier objetivo previsto en la CEu⁴³. Este tipo de consecuencias es precisamente lo que el artículo II-111 trata de evitar. Sin embargo, es evidente que el precepto ni puede poner puertas al campo (léase: evitar la voluntad creciente de integración política) ni reducir en extremo la vinculación de la Unión a la Parte de la II de la CEu. Como hemos señalado, gran parte de los derechos fundamentales europeos exigen, por su propia naturaleza, actuaciones positivas de la Unión: si esta se encuentra realmente vinculada por aquellos, debería, de algún modo, intervenir en su favor. Dicho de otro modo: si no se permitiera a la Unión intervenir, la Unión no estaría realmente vinculada.

A nuestro juicio, la interpretación extensiva de las cláusulas competenciales a favor de la Unión (especialmente, de los arts. I-14.2 y I-18.1 CEu) resulta legítima y necesaria para dotar a la Parte II de alguna eficacia jurídica. Reconocemos, sin embargo, que ello minimiza el alcance literal de algunos incisos del confuso y en ocasiones contradictorio artículo II-111:

- 1) Los incisos introducidos por la Convención a la CDF (“dentro de los límites de las competencias que se atribuyen a la Unión en otras Partes de la Constitución”; “no [se] amplía el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión más allá de las compe-

⁴⁰Campo de actuación adelantado ya por la STJCE de 3 de diciembre de 1996 (268/94). Para una exposición general de la situación anterior a la CEu, J. CORCUERA ATIENZA, “El reconocimiento de los Derechos Fundamentales en la Unión Europea: el final del túnel”, en la obra por él mismo coordinada, *La protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea*, Dykinson, Madrid, 2002, pp. 85 y ss.

⁴¹De hecho, hasta ahora la Unión ha intervenido sobre derechos fundamentales no previstos en los tratados. Para una panorámica de esta intervención, vid. M. A. CABELLOS ESPIÉRREZ, *Distribución competencial, derechos de los ciudadanos e incidencia del Derecho comunitario*, CEPC, Madrid, 2001, pp. 341 y ss.

⁴²Nótese una diferencia sustancial entre ambos preceptos: el art. 308 TCE se refiere únicamente al “funcionamiento del mercado común” y el art. 17 CEu a las “políticas definidas en la Parte III”. Es de prever que la escasa incidencia que tuvo el art. 308 sobre los derechos fundamentales no va a mantenerse con el art. I-18.

⁴³Ya la doctrina había defendido la utilización del art. 308 TCE para justificar, al menos parcialmente, una política comunitaria sobre derechos humanos, desde una interpretación flexible del Dictamen del TJCE 2/94, de 16 de marzo de 1996: entre nosotros, con apoyo en ALSTON y WEILER, A. RODRÍGUEZ, *Integración europea y derechos fundamentales*, Civitas, Madrid, 2001, p. 245.

tencias de la Unión”) y el inciso “[no se] crea ninguna competencia [nueva] para la Unión” no añaden nada relevante (el propio Grupo II, responsable de la adición, así lo reconoció expresamente) a lo ya señalado en la frase que hemos tomado como punto de referencia, y por ello pueden considerarse superfluos.

- 2) Más difícil es coonestar nuestra propuesta interpretativa con lo afirmado en el artículo II-111.2 *in fine*, según el cual la Parte II “[no] modifica las competencias y misiones definidas en las demás Partes de la Constitución”. Este inciso debe ser entendido en el sentido que dicha Parte II no modifica las competencias y misiones de la Unión, *entendidas como un todo*, esto es, que no permite añadir otras nuevas. Como venimos comprobando, es evidente que las competencias y misiones no sólo se verán previsiblemente alteradas, *de hecho* (al menos en parte), por los derechos fundamentales, sino que *jurídicamente* esta alteración resulta necesaria para hacer efectiva la vinculación.

Por último, es importante resaltar tajantemente algo que se desprende de cuanto venimos señalando: la CEU no sólo no contiene una fórmula genérica de habilitación competencial de la Unión para intervenir en materia de derechos fundamentales⁴⁴, esto es, un título competencial autónomo, sino que incluso algo similar resulta prohibido; estamos muy lejos, por tanto, del riesgo de una ampliación exorbitante de las competencias de la Unión bajo el pretexto de su vinculación a los derechos fundamentales. De esta forma, la Unión seguirá, como hasta ahora, careciendo de competencias en relación con un buen número de derechos (la mayor parte de los llamados de dignidad y libertad, y muchos más), resultando aquí la vinculación de naturaleza meramente negativa: prohibición de vulnerarlos⁴⁵.

Según el propio artículo II-111, tampoco deben alterarse (sustancialmente, al menos) las competencias de los Estados miembros. En la propia CEU encontramos cláusulas que pueden contribuir a limitar un hipotético exceso competencial de la Unión:

- 1) En general, el principio de subsidiariedad (art. I-11.3 CEU) puede ser utilizado con esta finalidad. Ciertamente es que hasta ahora su virtualidad ha sido nula en este campo, pero la expresa mención al principio en el artículo II-111 debería contribuir a superar esta situación, y ello desde cualquiera de las principales propuestas doctrinales de determinación del mismo: la que se centra en la motivación, en cada caso, de las normas comunitarias y la que exige a las mismas el doble test de efectividad de la acción comunitaria y eficiencia estatal⁴⁶.
- 2) En relación específica con los derechos fundamentales, contamos con dos tipos de cláusulas que pueden jugar indirectamente el papel de limitar el alcance de las competencias de la Unión: la genérica del artículo II-113 *in fine* y las específicas, relati-

⁴⁴Sigue siendo válido, por tanto, lo afirmado por el TJCE en el Dictamen citado en la nota anterior, según el cual “ninguna disposición del Tratado confiere a las instituciones comunitarias, con carácter general, la facultad de adoptar normas en materia de Derechos Humanos”.

⁴⁵Si el derecho es de prestación y la Unión carece de toda competencia, directa o indirecta, sobre él, la norma de reconocimiento del derecho resultará, en la práctica, meramente retórica.

⁴⁶Síntesis de A. RODRÍGUEZ (*Integración...*, cit., pp. 275-276). Con apoyo en ALSTON y WEILER, este autor se muestra, sin embargo, pesimista sobre la aplicación futura del principio al campo de los derechos fundamentales (esp. p. 277).

vas a determinados derechos. El precepto citado impide a la Unión intervenir sobre los derechos de forma “limitativa o lesiva” a lo reconocido “por las constituciones de los Estados miembros”. De esta forma, se está limitando indirectamente el ámbito material de las competencias de la Unión que afecten a los derechos fundamentales: aquellas llegan hasta donde les permiten llegar las Constituciones nacionales. Por su parte, encontramos cláusulas limitativas específicas en relación con el derecho a contraer matrimonio y a fundar una familia (art. II-69), la objeción de conciencia (art. II-70.2), la libertad de creación de centros docentes (art. II-74.3), la libertad de empresa (art. II-76), el derecho a la información y consulta de los trabajadores en la empresa (art. II-87), el derecho de negociación y de acción colectiva (art. II-88), la protección en caso de despido injustificado (art. II-90), los derechos de seguridad social y ayuda social (art. II-94), la protección de la salud (art. II-95) y el acceso a los servicios de interés económico general (art. II-96). Estos preceptos, al remitir a las leyes nacionales en la misma norma de reconocimiento del derecho, están limitando también el campo de actuación de las competencias de la Unión sobre ellos.

El control de los excesos competenciales de la Unión corresponde, en general, al TJUE mediante el recurso de anulación, con fundamento en el primero de los vicios citados en el artículo III-365.2 CEu (“incompetencia”). De seguirse la línea marcada por la jurisprudencia recaída sobre el artículo 230 TCE, no es de prever que se produzca aquí una limitación efectiva de los poderes de la Unión. Por ello, no cabe descartar un resurgimiento de la línea marcada por la Sentencia *Maastricht*, del Tribunal Constitucional Federal alemán, contraria al monopolio del TJCE en esta materia y favorable al control de los excesos competenciales comunitarios por parte de los Tribunales Constitucionales nacionales⁴⁷. A nuestro entender, la tesis de la Sentencia *Maastricht* cuenta con más sólida base teórica que la tesis contraria: si el fundamento de validez del Derecho comunitario es la Constitución nacional y si esta no permite ser derogada ni reformada tácitamente, el control de los excesos competenciales de la Unión (al menos de aquellos contrarios a la cesión de soberanía permitida por la Constitución nacional) no puede quedar únicamente en manos del TJUE, pues ello equivaldría a renunciar a la misma normatividad de la Constitución nacional⁴⁸. En España, sin embargo, los obstáculos materiales y procesales para llevar a la práctica esta tesis no serían desdeñables: en cuanto a lo primero, va consolidándose una interpretación del artículo 93 CE generosa para con la integración, que dificulta derivar de la Constitución límites formales a la asunción de competencias por parte de la Unión, al menos en la materia que aquí interesa⁴⁹; en cuanto a lo segundo, resulta significativo que el principal defensor, en nuestra doctrina, del control por los tribunales nacionales de los excesos competenciales comunitarios sólo aluda a una posibilidad: el control de los reglamentos comunitarios que invadan la reserva de ley orgánica del artículo 81.1 CE⁵⁰.

⁴⁷ Jurisprudencia seguida en parte en Italia y Francia y, con mayor contundencia, en Dinamarca: vid. M. A. CABELLOS ESPIÉRREZ, *Distribución...*, cit., pp. 407 y ss.

⁴⁸ En hipótesis, el TJCE podría velar también por la normatividad de las Constituciones nacionales (garantiza “el respeto del Derecho”, no sólo del Derecho comunitario, art. I-29.1 CEu), pero en la práctica sabemos que esto no es así: aplica sólo el Derecho comunitario y defiende su primacía sobre las Constituciones nacionales.

⁴⁹ Así, A. RODRÍGUEZ, *Integración...*, cit., pp. 297 y ss.

⁵⁰ M. A. CABELLOS ESPIÉRREZ, *Distribución...*, cit., pp. 413 y ss.

2.3. Los Estados miembros

Los Estados miembros se encuentran vinculados, de forma menos intensa que la Unión (“*únicamente* cuando apliquen el Derecho de la Unión”), a los DFC. Esta menor intensidad deriva de dos consideraciones elementales: los Estados ya se encuentran vinculados a un catálogo similar de derechos por sus respectivas Constituciones y exigir una vinculación mayor equivaldría tanto como a degradar al nivel legislativo la parte material (antes llamada dogmática) de dichas Constituciones⁵¹, algo políticamente inaceptable en el momento actual de la integración europea.

A la hora de resolver las dudas que se planteen sobre la más exacta determinación de qué órganos concretos, dentro de cada Estado, están vinculados a los DFC, puede acudirse, *mutatis mutandis*, a la jurisprudencia del TJCE sobre el artículo 226 TCE⁵² (art. III-360 CEU).

La vinculación de los Estados a los DFC se produce en dos circunstancias:

- 1) En la aplicación del Derecho de la Unión. Como recuerdan las Explicaciones del Praesidium, la limitación de la vinculación estatal a los derechos fundamentales a los casos de aplicación del Derecho comunitario procede “inequívocamente” de la jurisprudencia del TJCE. Según esta, la vinculación estatal se producía en dos circunstancias: supuestos de aplicación, en sentido amplio (aplicación y desarrollo) del Derecho comunitario⁵³ y supuestos de no aplicación del Derecho comunitario gracias a excepciones previstas por el propio Derecho comunitario⁵⁴. Este segundo tipo de supuestos ha sido matizado por la propia jurisprudencia en diversas ocasiones⁵⁵ y un sector minoritario de la doctrina ha llegado a defender que quedan excluidos de control por el artículo II-111 CEU⁵⁶. Esta interpretación restrictiva del precepto no parece aceptable, por suponer un paso atrás en la vinculación de los Estados a los derechos fundamentales, algo que contraría la finalidad de la misma Parte II de la CEU⁵⁷.

Aceptada la vinculación de los Estados en los dos supuestos tradicionalmente admitidos por el TJCE, quedaría en pie el problema de determinar con exactitud en qué

⁵¹Esta ausencia de vinculación *general* del Estado español a los DFC es un argumento más para afirmar que, estrictamente, la CEU no es una Constitución, al menos desde el concepto predominante (tradicional, si se quiere) de esta.

⁵²La jurisprudencia es muy abundante. En síntesis, están legitimados pasivamente en este recurso todos los órganos del Estado, con independencia del poder al que pertenezcan (legislativo, ejecutivo o judicial) y del tipo (territorial o institucional) y grado de autonomía que ostenten. De otro lado, para saber si una empresa es pública y, por tanto, objeto de control, se analizan, entre otros elementos, el nombramiento de los órganos directivos, la participación estatal en el capital o la posibilidad del Estado de definir los objetivos de la empresa.

⁵³P. ej., SSTJCE de 13 de julio de 1989 (5/88), 24 de marzo de 1994 (2/92), 13 de abril de 2000 (292/97) y 12 de diciembre de 2002 (C-442/00).

⁵⁴P. ej., SSTJCE de 28 de octubre de 1975 (36/75), 18 de junio de 1991 (C-260/89), 25 de noviembre de 1986 (201 y 202/85), 26 de junio de 1997 (C-368/95) y 11 de julio de 2002 (C-60/00).

⁵⁵P. ej., SSTJCE de 11 de julio de 1985 (60 y 61/84) y 30 de septiembre de 1987 (12/86).

⁵⁶Tesis, p. ej., de G. DE BÚRCA, expuesta y criticada por P. BIGLINO CAMPOS, “Derechos fundamentales y competencias de la Unión: el argumento de Hamilton”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 14, 2003, pp. 54 y ss.

⁵⁷Abunda en este argumento R. ALONSO GARCÍA, “Las cláusulas...”, *cit.*, pp. 156-158.

casos concretos resulta posible el control. En la búsqueda de un criterio unificador, la doctrina ha propuesto distintas soluciones: por ejemplo, que lo decisivo para el despliegue del control comunitario es la consideración del Estado como “agente comunitario” o la inclusión de los actos estatales “en el campo del Derecho comunitario”, fórmula esta sin duda muy extensiva que permitiría incluso controlar las normas y los actos aprobados en virtud de un título competencial estatal que, en hipótesis, podrían ser desplazados por el Derecho de la Unión si este decidiera regular la materia correspondiente⁵⁸. Se adopte una u otra concepción, el margen de indeterminación de la fórmula “cuando apliquen el Derecho de la Unión” persistirá bastante tiempo, y habrá que esperar a la jurisprudencia del TJUE, inevitablemente casuística, sobre este precepto, para alcanzar criterios firmes.

La vinculación de los Estados a los DFC cuando apliquen el Derecho de la Unión puede ser controlada por los tribunales nacionales, que son, como es sobradamente conocido, los jueces ordinarios del Derecho comunitario en sus respectivos Estados⁵⁹. De esta forma, en el supuesto previsto en el artículo II-111, los DFC se convertirían en el parámetro último de validez de la actuación de los poderes públicos nacionales, sustituyendo a la propia Constitución; algo no excesivamente novedoso, si se acepta la primacía del Derecho comunitario sobre el Derecho interno, incluida la Constitución. En España, esta sustitución no ha sido aceptada hasta ahora por el Tribunal Constitucional (tampoco, por tanto, la primacía del Derecho comunitario sobre la CE), que ha preferido seguir el camino del artículo 10.2 y no el del artículo 93 para integrar en nuestro ordenamiento las normas comunitarias relativas a los derechos fundamentales⁶⁰. Está por ver si nuestro Alto Tribunal, desde siempre reacio a situar el TCE al nivel de la CE, va a aceptar fácilmente la solución impuesta con rotundidad por la CEu.

El control por los tribunales nacionales de la vinculación de los poderes públicos nacionales a los DFC puede resultar problemático en supuestos puntuales, por dos tipos de motivos:

- a) Formales. Si una ley que desarrolla el Derecho de la Unión (aplica dicho Derecho, en el amplio sentido dado a esta expresión por el TJCE) vulnera los DFC, cualquier tribunal nacional podría inaplicar dicha ley⁶¹. En España, esta circunstancia

⁵⁸ Así, A. RODRÍGUEZ, *Integración...*, cit. pp. 264-268, con apoyo en WEILER.

⁵⁹ Esta circunstancia puede dar lugar a inevitables disparidades entre la interpretación del TJUE y de los tribunales nacionales, que sólo parcialmente pueden ser resueltas por la jurisprudencia del primero. De ahí la fórmula del art. II-113, que se analizará después.

⁶⁰ SSTC 28/1991 y 64/1991, oportunamente criticadas por la doctrina: P. ej., P. PÉREZ TREMPES, *Constitución Española y Comunidad Europea*, Civitas, Madrid, 1994, pp. 163 y ss. o A. LÓPEZ CASTILLO, *Constitución e integración*, CEC, Madrid, 1996, pp. 491 y ss.

⁶¹ Al menos desde Simmenthal (STJCE de 9 de marzo de 1978, 106/77), es doctrina admitida que “el Juez nacional encargado de aplicar, en el marco de su competencia, las disposiciones del Derecho comunitario, está obligado a garantizar la plena eficacia de dichas normas dejando, si procede, inaplicadas, por su propia iniciativa, cualesquiera disposiciones contrarias de la legislación nacional, aunque sean posteriores, sin que esté obligado a solicitar o a esperar la derogación previa de éstas por vía legislativa o por cualquier otro procedimiento constitucional”. Como recuerda la doctrina, con cita precisamente de Simmenthal y en relación con el tema que abordamos, se introduce así “una cierta dosis de justicia constitucional difusa en todos los Estados miembros” (L. M. DÉZ-PICAZO, *Constitucionalismo de la Unión Europea*, Civitas, Madrid, 2002, p. 37).

choca con el monopolio de control del legislador por parte del Tribunal Constitucional (art. 163 CE).

- b) Materiales. Pueden darse casos de actos o normas emanados de los poderes públicos españoles, en aplicación del Derecho comunitario, que respeten DFC y que a la vez vulneren derechos fundamentales de la CE, o viceversa. En estos casos la obligación del juez de aplicar el Derecho comunitario (la CEu) choca con la posición de la CE como norma superior del ordenamiento jurídico (art. 5.1 LOPJ).

Ambos tipos de supuestos carecen actualmente de una solución jurídica clara y sólo pueden ser resueltos, bien políticamente, bien acudiendo a una teoría constitucional renovada que, al margen de las previsiones del Derecho positivo (que, como decíamos, nada resuelven), tomara inevitablemente partido a favor de la aplicación de uno u otro orden constitucional. Consideramos, sin embargo, que esta problemática es más teórica que real y que este tipo de supuestos resultarán escasísimos en la práctica. En gran medida, unos y otros podrían además eludirse desde una interpretación coordinada de ambos catálogos de derechos, interpretación que resulta en todo caso exigida por los artículos 10.2 CE y II-113 CEu.

- 2) En la aplicación del Derecho interno. El artículo II-111 introduce una fórmula que, pese a su casi enigmática ambigüedad, puede ser entendida como un llamamiento a una mayor vinculación a los derechos fundamentales por parte de los Estados miembros: estos deben garantizar aquellos “con arreglo a sus [...] competencias”, lo que deja abierta la posibilidad (que reconocemos difícilmente compatible con las expresiones “únicamente” y “por consiguiente”) de una cierta incidencia de los DFC fuera de la estricta aplicación del Derecho de la Unión. A nuestro juicio, dicha incidencia se desenvuelve, sobre todo, mediante la influencia de los DFC sobre los derechos fundamentales de las Constituciones nacionales, por obra básicamente de la jurisprudencia de los Estados. En España, puede realizarse sin subvertir las competencias estatales (algo que resultaría prohibido por el propio art. II-111), con fundamento en artículo 10.2 CE. La Declaración 1/2004, del Tribunal Constitucional, basa precisamente su defensa de la constitucionalidad de los artículos II-111 y II-112 en este precepto. Para el Tribunal Constitucional, resulta claro que, desde el punto de vista del ordenamiento español, la CEu, al igual que el TCE, es un tratado internacional que, entre otras muchas materias, regula derechos fundamentales⁶². De ello se deduce el deber de los órganos estatales de tener en cuenta los DFC a la hora de determinar el contenido de los derechos fundamentales de la CE. Es previsible que esta regla penetre con facilidad en el razonamiento de los tribunales españoles, pues no cuestiona la superioridad jerárquica de la CE y, de hecho, la CDF, pese a quedar fuera del bloque normativo del artículo 10.2 CE, fue ya tenida en cuenta ocasionalmente por nuestro Tribunal Constitucional⁶³.

⁶²La interpretación jurisprudencial del bloque normativo aludido por el art. 10.2 CE ha sido extensiva. Vid., para más detalles, A. SÁIZ ARNÁIZ, *La apertura constitucional al Derecho internacional y europeo de los derechos humanos*, CGPJ, Madrid, 1999, pp. 91 y ss.

⁶³SSTC 290/2000, 292/2000, 53/2002, 138/2005, 273/2005, 17/2006 y 41/2006. Vid. asimismo X. ARZOZ SANTISTEBAN, “La relevancia del Derecho de la Unión Europea para la interpretación de los derechos fundamentales constitucionales”, *REDC*, n° 74, 2005, pp. 63 y ss. y M. DÍAZ CREGO, “Los derechos...”, *cit.*, pp. 149 y ss.

2.4. ¿Obligados privados de los DFC?

Nada se dice en las disposiciones horizontales de la Parte II de la CEU sobre la vinculación de los DFC a los particulares y de cuanto venimos señalando se desprende que no existe en este ámbito, estrictamente, vinculación alguna. Quizás sea este el lugar donde más claramente se ponen de manifiesto las intrínsecas limitaciones de la CEU y que no nos hallamos en presencia de una *auténtica* Constitución: no hay en ella nada parecido, por ejemplo, al artículo 9.1 CE y el artículo II-111.1, interpretado *a contrario*, excluye otra vinculación que no sea la del poder público. Desde luego, si el Derecho de la Unión crea obligaciones de los particulares en materia de DFC⁶⁴, habrá vinculación⁶⁵, pero para ello habría antes que aceptar la tesis de la *Drittwirkung* mediata o indirecta, que no es la correcta en materia de derechos fundamentales⁶⁶.

IV. EL CONTENIDO Y LA INTERPRETACIÓN DE LOS DERECHOS

1. Sentido y límites de las reglas sobre la interpretación

La determinación del contenido de los derechos sólo puede realizarse mediante la interpretación jurídica⁶⁷. La interpretación de un derecho fundamental (*rectius*, la interpretación de su norma de reconocimiento) es un proceso complejo que sólo puede desarrollarse en toda su extensión en los casos concretos. Incluso para la interpretación realizada al margen de los casos concretos la normatividad jurídica (que opera sobre todo para limitar un posible subjetivismo judicial) se revelaría insuficiente para guiar totalmente dicho proceso. De esta forma, el artículo II-112 CEU, que es el precepto clave en la materia, no ofrece más que un mínimo, un fragmento si se quiere, de las normas a seguir por el intérprete. En todo lo demás, resultan aplicables las reglas generales de interpretación, consolidadas en la dogmática⁶⁸.

El artículo II-112 ratifica y aumenta la anterior vinculación del TJCE (futuro TJUE), nunca aceptada del todo, a dos fuentes externas al Derecho comunitario: el CEDH y las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros. Puede decirse que desde este precepto la actividad del máximo órgano judicial de la Unión está sujeta a mayores limitaciones, y ello hasta el punto de poder afirmar que su libertad interpretativa es, en esta materia, menor que la propia del TEDH y los Tribunales Constitucionales nacionales, pues, al menos sobre el papel, ni estos ni aquel están sujetos a la jurisprudencia de ningún otro tribunal.

⁶⁴Vid., p. ej., las directivas en materia laboral, buena parte de las cuales desarrollan derechos de los trabajadores contenidos ahora en la CEU.

⁶⁵En materia penal y sancionadora, sin mucha posibilidad de aplicación efectiva, mientras no se produzca su incorporación al Derecho de los Estados.

⁶⁶Así, G. ESCOBAR ROCA, *Introducción...*, cit., p. 79.

⁶⁷*Ibidem*, pp. 85 y ss.

⁶⁸*Ibidem*, esp. pp. 87 y ss.

Los destinatarios de las reglas de interpretación del artículo II-112 son, sobre todo, los jueces: el TJUE, en todo caso, y los tribunales nacionales, cuando apliquen el Derecho de la Unión. Los demás poderes públicos están vinculados también, indirectamente, a estas reglas, por cuanto su actividad es objeto de control judicial posterior.

2. La interpretación sistemática

Según el artículo II-112.2, “Los derechos reconocidos por la presente Carta que se mencionan en otras Partes de la Constitución se ejercerán en las condiciones y dentro de los límites determinados por ellas”. Pese a que la norma parece tener por destinatario principal a los titulares de los derechos (“se ejercerán”), en realidad se trata de una regla de interpretación, dirigida por tanto preferentemente a los tribunales.

El apartado 2 tiene por finalidad recordar una regla básica de interpretación sistemática, que se habría impuesto en todo caso, sin necesidad de ser mencionada de forma explícita⁶⁹. Téngase en cuenta, sin embargo, que las posibilidades de interpretación sistemática son muchas más que las aludidas en el precepto; piénsese, por ejemplo, en el posible uso argumentativo de muchos objetivos y competencias mencionados en la CEu, respectivamente como límites de los derechos o como habilitaciones para regularlos. A lo que el artículo II-112.2 se refiere más bien es a la relación de las normas de reconocimiento de derechos de la Parte II con las normas sobre derechos (que “mencionan” derechos fundamentales, según reza literalmente el precepto) de otras Partes de la CEu, no con otras normas que, indirectamente, puedan incidir sobre ellos⁷⁰.

Muchos derechos fundamentales de la Parte II son mencionados, directa o indirectamente, en las Partes I y III: la protección de datos de carácter personal (art. II-68), en el artículo I-51; la libertad religiosa (art. II-70.1), en el artículo I-52; la libertad de expresión (art. II-71.1), en el artículo I-47.1; la libertad de empresa (art. II-76), en los artículos III-137 a III-150; la igualdad y no discriminación (arts. II-80 y II-81), en los artículos I-4.2, I-45, III-118, III-123 y III-124; la igualdad entre hombres y mujeres (art. II-83), en el artículo III-116; el derecho de negociación y acción colectiva (art. II-88), en el artículo I-48; el acceso a los servicios de interés económico general (art. II-96), en el artículo III-122; la protección del medio ambiente (art. II-97), en el artículo III-119; la protección de los consumidores (art. II-98), en el artículo III-120; la libertad de circulación y residencia (art. II-105), en los artículos I-4.1, I-10.2, III-125 y III-133 a III-136; el derecho de sufragio (art. II-99 y II-100), en los artículos I-10.2 b) y III-126; el derecho de acceso a los documentos (art. II-102), en el artículo I-50.3; el derecho de acceso al Defensor del Pueblo (art. II-103), en los artículos I-10.2 d) y I-49; o el derecho de petición (art. II-104), en el artículo I-10.2 d). Por su parte, muchos de los preceptos de los Capítulos III, IV y V del Título III de la Parte III, cuya enumeración resultaría aquí prolija, contienen normas sobre derechos fundamentales, relacionadas, en su mayoría, con derechos sociales de la Parte II.

⁶⁹Cuando la CDF era un texto independiente al TCE, esta mención tenía más sentido.

⁷⁰Para la distinción entre normas de reconocimiento de derechos, normas sobre derechos y normas que inciden sobre derechos, remitimos a G. ESCOBAR ROCA, *Introducción...*, cit., pp. 78 y ss.

Atendiendo a su relación con los derechos de la Parte II, las normas citadas de las Partes I y III pueden ser clasificadas como sigue: normas reiterativas, que no añaden nada a lo señalado por su correlativo en la Parte II; normas que regulan determinadas formas de ejercicio del derecho fundamental; y normas que imponen determinadas políticas a los poderes públicos de la Unión, destinadas, al menos en parte, a hacer efectivos derechos sociales de la Parte II.

A la vista de todas estas normas sobre derechos de las Partes I y III, se plantea la duda de si las mismas desplazan (tal y como podría quizás sugerir una lectura apresurada del art. II-112.2) o no a las correlativas de la Parte II y a las disposiciones generales del Título VII de la misma. A nuestro juicio, la respuesta en ambos casos ha de ser negativa, pues entender lo contrario convertiría en mera retórica bastantes preceptos de la Parte II. Así, por ejemplo, es evidente que la enunciación de determinados elementos del contenido de un derecho en las Partes I o III no impide el reconocimiento de otros, no expresamente previstas en la Parte II⁷¹, o que la referencia a límites en las Partes I o III de la CEU no cierra, para los derechos mencionados, la entrada en juego del artículo II-112.1, y por tanto la posibilidad de límites diferentes. Como decíamos en un comienzo, el apartado que ahora comentamos no es más que un mero recordatorio de la regla de la interpretación sistemática, a la que hubiera llegado igualmente el intérprete acudiendo a las prácticas habituales de la dogmática.

Otra cuestión relevante, que sólo podemos abordar aquí de forma tangencial, es la relativa a la posición de las normas que reconocen derechos no incluidos en el catálogo de la Parte II. Un ejemplo sería la primera frase del artículo I-46.3, que reconoce un derecho general de participación política, curiosamente no previsto en el Título V de la Parte II. Aquí el método interpretativo seguramente más acertado consistirá en determinar extensivamente el contenido de figuras de la Parte II, para incluir en ellas los derechos de las Partes I y III. De no resultar esto posible, el régimen de estos *derechos dispersos* podría entenderse como sustancialmente equivalente al propio de los derechos de la Parte II: en principio, las vías de protección son las mismas y pueden aplicarse por analogía las disposiciones generales de los artículos II-111 a II-114.

3. La interpretación según el CEDH

Una de las cuestiones centrales del debate en torno a los derechos fundamentales en Europa es la relación entre los sistemas de protección del Consejo de Europa y de la Unión Europea. Teniendo en cuenta que todos los miembros de las Comunidades Europeas eran parte del CEDH y a la vista de la nutrida y prestigiosa jurisprudencia del TEDH, el TJCE tuvo desde antiguo en cuenta al CEDH a la hora de incorporar derechos fundamentales al Derecho comunitario, por la vía de los principios generales⁷². Sin embargo, el CEDH fue utilizado más bien como mera fuente de inspiración o de “indicaciones que conviene tener

⁷¹ Entre otros motivos, porque el contenido de los derechos fundamentales ha de permanecer, en esencia, sustancialmente abierto: vid. G. ESCOBAR ROCA, *Introducción...*, cit., pp. 31 y ss.

⁷² Al menos, desde la STJCE de 28 de octubre de 1975 (36/75).

en cuenta en el marco del Derecho comunitario⁷³ y no como norma estrictamente vinculante, situación que no cambió, en esencia, tras la entrada en vigor del artículo 6.2 TUE. Siendo esto así, el problema de divergencias interpretativas entre el TJCE y el TEDH estaba servido⁷⁴, y ello pese a los encomiables esfuerzos de la doctrina por evitarlo⁷⁵.

Con la CEu, la situación es bien distinta⁷⁶ (catálogo propio de derechos fundamentales) pero el problema a resolver (las divergencias interpretativas) permanece esencialmente idéntico. Mientras nos e produzca la adhesión al CEDH, el artículo II-112.3 se enfrenta con firmeza al riesgo de las divergencias interpretativas, aun a costa de limitar la tradicional autonomía del Derecho comunitario.

Según las Explicaciones del Praesidium, frente a la letra del precepto, el bloque normativo a considerar no es sólo el CEDH, sino también sus Protocolos (con independencia, al parecer, de su ratificación o no por todos los Estados miembros)⁷⁷ y la jurisprudencia relativa a estos textos, tanto del TEDH como del TJCE. La referencia a la jurisprudencia es acertada, pues en materia de derechos fundamentales más importante que el texto mismo es su interpretación, y las eventuales divergencias (aquellas que el precepto trata de combatir) procederán, normalmente, más de la segunda que del primero. La doble alusión, por su parte, a la jurisprudencia previa del TEDH y del TJCE resulta especialmente delicada, sobre todo en los supuestos de decisiones contradictorias entre ambos tribunales, ya que la CEu en ningún caso afirma la superioridad de ninguno de ellos. De la lógica del CEDH y del propio precepto se derivaría la primacía del TEDH, pero a la solución contraria podría también llegarse atendiendo a la lógica de la CEu. A nuestro entender, también en este punto la tradicional autonomía del Derecho comunitario debería ceder, resultando deseable una autocontención del TJUE cuando el TEDH ha tomado ya partido claro.

Los derechos que son objeto de la regla interpretativa del artículo II-112 son únicamente los que “corresponden a derechos garantizados” por el CEDH, en el sentido amplio que acabamos de atribuir a este término. Siguiendo el mandato del Consejo Europeo de Colonia (3 y 4 de junio de 1999), la CDF incluyó todos los derechos del CEDH y de sus Protocolos, pero también muchos otros. Consideramos que no resultaría difícil seleccionar qué derechos proceden del CEDH y cuáles no, pudiéndonos guiar, como instrumento auxiliar de la selección, por las Explicaciones del Praesidium, tanto al propio artículo II-112 como a los artículos precedentes. De acuerdo con la interpretación del artículo 112.2 que hemos sostenido, la mención a un derecho en las Parte I o III CEu no impide la aplicación de la regla interpretativa del artículo II-112.3.

Una vez determinados el objeto y el parámetro de la interpretación, la operatividad de la regla que analizamos no estará exenta de problemas prácticos. El sentido principal de la

⁷³STJCE de 13 de julio de 1989 (5/88).

⁷⁴Como ejemplos de divergencia suelen citarse la inviolabilidad del domicilio de las personas jurídicas y el derecho a no autoincriminarse en el campo del Derecho de la competencia. No obstante, no todos los autores sostienen que en estos casos se haya producido una divergencia real; vid. R. ALONSO GARCÍA, “Las cláusulas...”, *cit.* p. 159, con abundante bibliografía.

⁷⁵Por todos, L. JIMENA QUESADA, *Sistema europeo de derechos fundamentales*, Colex, Madrid, 2006.

⁷⁶Como se vio al hablar del catálogo de los derechos, el art. I-9.3 CEu, que viene a reiterar el art. 6.2 TUE, abre la posibilidad de seguir utilizando, por vía jurisprudencial, las tradiciones constitucionales comunes como fuente directa de DFC.

⁷⁷Nótese la diferencia con el art. II-113.

misma es, a nuestro juicio, imponer al TJUE el acatamiento a la jurisprudencia del TEDH, salvo en los casos en que entre en juego la cláusula del estándar máximo del artículo II-113, regla especial de interpretación que primaría sobre la general del artículo II-112. En primer lugar, no siempre será fácil determinar en cada caso la idoneidad e intensidad de la vinculación a la jurisprudencia⁷⁸. Además, aun en caso de un estricto seguimiento del TJUE a la jurisprudencia del TEDH, el peligro de divergencias interpretativas no desaparecería del todo, entre otros motivos porque el TEDH se reserva la competencia para controlar la aplicación por los Estados del Derecho comunitario, cuando dicha aplicación afecte al CEDH⁷⁹. Estas divergencias son inevitables, e incluso saludables para el desarrollo progresivo de los derechos fundamentales. Manteniéndose cada Tribunal en el respeto mutuo, los conflictos serán siempre excepcionales y coyunturales⁸⁰, nunca estructurales ni definitivos.

4. La interpretación según las tradiciones constitucionales comunes

Entre las fuentes, aceptadas por el TJCE, de los DFC anteriores a la CEu figuraban las “tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros”, fuente que después el artículo 6.2 TUE reconocerá expresamente⁸¹. Esta perspectiva cambia sustancialmente a la vista del artículo II-112.4 CEu, que no contiene una regla de incorporación de derechos sino una mera regla interpretativa, dirigida a la determinación del alcance de los derechos ya incorporados al catálogo de la Parte II de la CEu.

La primera cuestión a dilucidar en el análisis del artículo 112.4 es qué cabe entender por “tradiciones constitucionales comunes”, lo que obliga a dotar de sentido a los tres términos que componen la fórmula, interpretados en su contexto:

- 1) El término “tradiciones” no remite a la Historia (como hacen, p. ej., el párrafo tercero del Preámbulo de la propia Parte II de la CEu o el art. III-121), lo que resultaría casi absurdo en el contexto del precepto⁸², sino a una continuidad, a una cierta permanencia de las normas (en sentido amplio), tal y como entienden este mismo término, por ejemplo, los artículos III-257 o III-270.2 CEu. Para que exista tradición no basta, en definitiva, con constatar la presencia de una norma aislada, sino que es preciso comprobar que se da una *communis opinio* en torno a la misma. Con las matizaciones que seguidamente se harán, en principio lo relevante para apreciar la existencia de una tradición, en el sentido del precepto, no es tanto la forma de reconocimiento como el contenido tomado en consideración: cualquiera que implique

⁷⁸El problema es, evidentemente, general, y deriva, en esencia, de la consideración como norma *general* de textos cuyo origen es la solución de casos *concretos*.

⁷⁹STEDH *Matthews*, de 18 de febrero de 1999. Vid., sobre este punto, R. ALONSO GARCÍA, “Las cláusulas...”, *cit.*, pp. 161 y ss.

⁸⁰Por ello, no creemos necesario instaurar mecanismos de coordinación o consulta previa entre Tribunales, tal y como propuso el propio Consejo de Europa en su aportación de 19 de septiembre de 2000 al debate sobre la elaboración de la CDF (4475/00, contr. 326).

⁸¹Por todos, M. PI LLORENS, *Los derechos...*, *cit.*, pp. 69 y ss. Subraya esta autora la gran libertad del TJCE a la hora de utilizar las tradiciones constitucionales comunes como fuente de derechos; libertad que, como veremos, debería ahora limitarse.

⁸²La interpretación histórica de los derechos es hoy un método raramente utilizado por la dogmática; en todo caso, nunca como único método de interpretación.

una decisión material relevante para la interpretación de los derechos de la Parte II de la CEU.

- 2) Lo constitucional ha de entenderse en sentido amplio: no sólo lo que procede directamente de las Constituciones formales sino también, y sobre todo, de la jurisprudencia de los Tribunales Constitucionales respectivos. Debe exigirse, en todo caso, una mínima vinculación con la Constitución formal, afirmación que fundamos en tres argumentos: en primer lugar, la remisión no se hace, como en otros preceptos de la Parte II de la CEU, a “la legislación y prácticas nacionales”; en segundo lugar, ha de salvarse la coherencia con la regla interpretativa del artículo II-113, que remite sólo a las Constituciones de los Estados; por último, no debe alterarse más allá de lo necesario la lógica de la integración, lógica que impediría una excesiva entrada de fuentes externas al Derecho comunitario a la hora de determinar el contenido del mismo.
- 3) Lo común a los Estados miembros no puede ser concebido como lo común a *todos* los Estados miembros: sería muy improbable encontrar planteamientos unánimes en la Constitución o en la jurisprudencia constitucional de los veinticinco Estados y, en caso de existir, seguramente dichos planteamientos habrían sido ya incorporados de forma expresa a la CEU. De conformidad con la jurisprudencia previa del TJCE⁸³, aplicable aquí *mutatis mutandis*, y para no privar prácticamente de eficacia al artículo II-112.4, bastaría, para considerar común a la norma en cuestión, con que perteneciera a las tradiciones constitucionales de un número significativo de países⁸⁴.

Delimitado así el ámbito de las tradiciones constitucionales comunes, debe precisarse a qué derechos se refiere la regla de interpretación del artículo II-112.4. Literalmente, el precepto no alude a todos los de la Parte II, sino exclusivamente a los “resultantes de las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros”. Ahora bien, ¿cuáles son estos? El mandato del Consejo Europeo de Colonia (3 y 4 de junio de 1999), precedente directo de la CDF e indirecto de la Parte II de la CEU, encargó a la Convención incorporar al catálogo “los derechos de libertad e igualdad y los principios procesales fundamentales, tal como se recogen en el [CEDH] y en las tradiciones constitucionales comunes”. Sin embargo, ambas fuentes coinciden en muchas figuras y, aunque en las Explicaciones del Praesidium algunas son relacionadas directamente con dichas tradiciones⁸⁵, es evidente que esta mención de las Explicaciones no es exhaustiva. Habrá que estar entonces al análisis de cada figura de derecho fundamental, teniendo a la vista la jurisprudencia precedente del TJCE, para comprobar si procede o no de esta fuente de derechos. Se llegue a una u otra

⁸³Vid. M. PI LLORENS, *Los derechos...*, cit., pp. 71-72.

⁸⁴No podemos coincidir con quienes parecen negar toda *communis opinio* europea en materia de derechos fundamentales (p. ej., L. M. DÍEZ-PICAZO, “¿Una Constitución sin declaración de derechos?”, *REDC*, nº 32, 1991, p. 151, donde se afirma que “lo único que tienen en común los Estados miembros es una *concepción política de los derechos fundamentales*” - subrayado del autor-, concluyéndose en la carencia de “cauces y directrices efectivos externos al propio Tribunal”; vid. asimismo A. RODRÍGUEZ, *Integración...*, cit., pp. 315-316). Puntos en común hay, a nuestro juicio, muchos, como pone de manifiesto la lectura de buena parte de las monografías sobre derechos fundamentales editadas los últimos años en nuestro país.

⁸⁵Así, la objeción de conciencia (art. II-70.2), el derecho a la educación (art. II-74) y el derecho a la proporcionalidad de las penas (art. II-109.3).

conclusión, aunque no fuera con la fuerza de obligar característica de la CEu, no estaría de más acudir a las tradiciones constitucionales comunes a la hora de interpretar todos los derechos⁸⁶.

Por último, ¿cómo deben proceder los tribunales para incorporar las tradiciones constitucionales comunes a la interpretación de cada figura de derecho fundamental? Aunque la regla da gran libertad al intérprete (libertad manifestada con la fórmula “en armonía con”, que contrasta con la empleada en el precedente art. II-112.3), del precepto se derivan claramente algunas formas de proceder: en primer lugar, la necesidad de tomar en consideración el Derecho comparado en el razonamiento⁸⁷, especialmente en los casos controvertidos y no resueltos por el Derecho comunitario; en segundo lugar, la obligación de optar por la solución de los tribunales nacionales, cuando del previo análisis del Derecho comparado pueda concluirse la presencia de una línea interpretativa más o menos consolidada en Europa. Todo ello exigiría, al menos, un considerable cambio de actitud del futuro TJUE en relación al TJCE, que sólo de forma muy escueta y excepcional ha hecho uso en su argumentación del Derecho constitucional de los Estados⁸⁸.

5. La regla interpretativa del estándar máximo

La regla del estándar máximo del artículo II-113 CEu presenta importantes diferencias con el modelo tradicional, ejemplificado en el artículo 53 CEDH. Estas diferencias derivan de la misma dicción del precepto, que incorpora algunas peculiaridades (referentes, en síntesis, al ámbito de la comparación), y, sobre todo, de la distinta posición jurídica del órgano llamado naturalmente a aplicarla. A continuación ensayaremos una propuesta de interpretación del precepto que le dote de contenido jurídico, aunque ello exija matizar determinados planteamientos, mayoritarios seguramente en la doctrina, acerca de la relación entre los ordenamientos nacional y comunitario⁸⁹. Como comprobaremos enseguida, la expresión más controvertida del artículo II-113, clave para cualquier solución de las dificultades interpretativas que plantea, es la que reza “en su respectivo ámbito de aplicación”. Para entenderla adecuadamente, convendrá analizar por separado las distintas posibilidades de aplicación de los DFC⁹⁰.

⁸⁶El método comparado de interpretación, cada vez más frecuente en la dogmática constitucional europea (en castellano, vid., p. ej., la contribución de P. HÄBERLE en A. López Pina (ed.), *La garantía constitucional de los derechos fundamentales*, Civitas, Madrid, 1991, pp. 271-273), claramente potenciado en la CEu (así, M. DÍAZ CREGO, “Los derechos...”, *cit.*, pp. 164-166).

⁸⁷Esto implica una considerable carga de trabajo para los tribunales, especialmente si han de tenerse en cuenta 25 tradiciones constitucionales. El TJUE y la mayor parte de los Tribunales Constitucionales de los Estados cuentan con un cuerpo de letrados destinado, total o parcialmente, a este cometido. Bueno sería que cada Tribunal Constitucional pudiera contar con una plantilla mínima de letrados expertos en otros ordenamientos, experiencia de gran utilidad, como pudimos comprobar personalmente en nuestra visita a la *Corte Costituzionale* italiana en el verano de 2003.

⁸⁸Detectamos aquí un cierto solipsismo del TJCE, más grave cuando es la conducta de un Estado lo que está en juego. Las justificaciones hasta ahora aducidas para evitar la cita del Derecho comparado (así, el riesgo de caer en el diletantismo y las dificultades de construir un lenguaje común) no son hoy defendibles: lo primero se solventa con una adecuada plantilla de letrados de apoyo y lo segundo resulta superable sin demasiado esfuerzo.

⁸⁹Señala con razón M. DÍAZ CREGO (en “Los derechos...”, *cit.*, p. 163) que el art. II-113 “contradice los principios sobre los que el Derecho comunitario ha construido tradicionalmente sus relaciones con los ordenamientos nacionales”.

⁹⁰En la doctrina española, una propuesta de interpretación de esta expresión, dirigida a dotar de contenido jurídico al precepto, en la línea que defendemos, puede verse en R. ALONSO GARCÍA, “Las cláusulas...”, *cit.*, p. 172, nota 94.

La comparación debe realizarse entre el nivel de protección otorgado por la Parte II de la CEu, por un lado, y el otorgado por un heterogéneo conjunto de normas, por otro. Estas normas son:

- 1) El Derecho de la Unión. Esta primera referencia reitera lo ya dicho en la última frase del artículo II-112.3, en relación con la interpretación de los derechos según el CEDH. Por Derecho de la Unión cabe entender, básicamente, las normas generales emanadas de sus instituciones: sobre todo, leyes europeas, leyes marco europeas y reglamentos europeos. Como advertimos en su momento, especialmente el Consejo de Ministros, el Parlamento Europeo y la Comisión pueden ejercer, casi siempre de forma coordinada, determinadas competencias de regulación que afectan, directa o indirectamente, a los derechos fundamentales. De esta regulación pueden derivarse estándares de protección distintos a los derivados de la CEu; si son inferiores, serán inválidos y anulables *ex* artículos III-365 a III-368 CEu; si son superiores, prevalecerán sobre la propia CEu. Esta prevalencia no implica una superioridad jerárquica del Derecho ordinario de la Unión sobre la CEu⁹¹, sino una mera regla de desplazamiento en la aplicación, en determinados casos. Tampoco cabe deducir de la prevalencia que el nivel *legal* de protección de un derecho se incorpore sin más al nivel constitucional: aquello que el estándar superior excede al estándar inferior formaría parte, en principio, del contenido adicional del derecho⁹². Por ejemplo, los supuestos de concesión del asilo que una ley europea reconociera, más allá de lo que cabe deducir de la Convención de Ginebra y del CEDH (esto es, del contenido constitucional del derecho fundamental comunitario de asilo), formarían parte del contenido adicional del derecho del artículo II-78 CEu, quedando por tanto fuera, estrictamente, de la garantía característica de este precepto.
- 2) El Derecho internacional. Por tal cabe entender los tratados internacionales no incluidos en el grupo siguiente, esto es, los no ratificados por la Unión en cuanto tal o por la totalidad de los Estados miembros, así como las fuentes no convencionales del Derecho internacional, como la costumbre o los principios generales del Derecho.
- 3) Los convenios internacionales de los que son parte la Unión o todos los Estados miembros, y en particular el CEDH. Esta última referencia al CEDH resulta superflua, por cuanto no añade nada a la primera frase del artículo II-112.3 CEu: si existe un deber del intérprete de otorgar a los DFC, al menos, el mismo nivel de protección (“... su sentido y alcance serán iguales ...”) que el CEDH, exigir la prevalencia de un hipotético estándar superior del CEDH resulta ya innecesario.
- 4) Las Constituciones de los Estados miembros. A diferencia de las formulaciones típicas del estándar máximo (arts. 5.2 PIDCP, 5.2 PIDESC, 32 CSE y 53 CEDH), la CEu no exige comparar entre su mismo texto y el ordenamiento de un Estado, considerado en su conjunto, sino entre la CEu y las Constituciones nacionales. La

⁹¹En realidad no se da aquí el presupuesto típico de aplicación del principio de jerarquía, la contradicción entre normas (así, I. DE OTTO, *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, Ariel, Barcelona, 1984, p. 91); como veremos, no resulta contradictorio, necesariamente, que dos normas incluyan distintos estándares de protección de un mismo derecho.

⁹²Sobre esta categoría, vid., p. ej., G. ESCOBAR ROCA, *Introducción ...*, cit., esp. pp. 84-85.

diferencia es significativa, y puede verse como un reconocimiento de la primacía de la primera sobre las leyes de los Estados miembros (art. I-6 CEu), al menos cuando estos “apliquen el Derecho de la Unión” (art. II-111.1).

La regla interpretativa del estándar máximo vincula, en primer lugar, al intérprete natural de la CEu, esto es, al TJUE. La posición de este órgano jurisdiccional es bien distinta a la propia del TEDH: el TJUE no es un tribunal de casación ni un órgano competente para resolver subsidiariamente las quejas de los ciudadanos contra los Estados; los procedimientos dirigidos contra estos cuentan con un cauce específico (art. III-360 CEu), que no deriva de un proceso previo en el Estado respectivo y no existe un derecho del afectado a exigir a su tribunal nacional que interponga una cuestión prejudicial (art. III-369 y STC 201/1996). De esta forma, la eficacia de la regla no puede ser de naturaleza procesal (como sucedía con el TEDH), sino más bien de carácter material o, si se quiere, a caballo entre lo procesal y lo material.

En esencia, los ámbitos de aplicación de la regla del artículo II-113 son dos:

- 1) El control de la vinculación de la Unión Europea a los DFC. Al resolver los recursos de anulación y de omisión, el TJUE puede, respectivamente, anular los actos contrarios a los DFC e imponer determinadas actuaciones a favor de los mismos. Si del Derecho de la Unión o de los convenios internacionales de los que son parte la Unión o todos los Estados miembros se deduce, en el caso concreto, un estándar superior, dicho estándar prevalecerá sobre el propio de la CEu. Ahora bien, la prevalencia puede quedarse en una prevalencia del caso concreto, que no implique necesariamente una alteración en la jurisprudencia previa sobre el DFC. El equilibrio es difícil, pues en ocasiones el Tribunal tendrá que garantizar el estándar superior (legal -comunitario o internacional) del derecho sin aceptar, con carácter general, esto es, *a nivel constitucional europeo*, la configuración del derecho que el propio Tribunal adopta como presupuesto.

Examinando más despacio el problema, el TJUE contaría con una doble posibilidad:

- a) configurar el DFC de forma similar al estándar superior del derecho (legal comunitario o internacional), interpretando extensivamente el precepto correspondiente de la CEu. Esta opción sólo resulta posible en casos excepcionales, so pena de incurrir, bien en falta de sistema, bien en mutación constitucional.
 - b) limitarse a garantizar en el caso concreto el estándar superior del DFC sin aceptar, con carácter general, esto es, *a nivel constitucional europeo*, la configuración del derecho que el propio Tribunal adopta como presupuesto. Esta posibilidad se abre sin excesiva dificultad, ya que el TJUE no es juez sólo de los DFC sino del conjunto del Derecho de la Unión, esto es, también de los derechos de rango legal.
- 2) El control de la vinculación de los Estados a los DFC. Al resolver los recursos por incumplimiento⁹³, el TJUE puede anular actos de los Estados contrarios a los DFC,

⁹³Quede fuera el supuesto de la cuestión prejudicial, que plantea una problemática algo diferente.

siempre que dichos actos se hayan producido en aplicación del Derecho de la Unión (art. II-111.1 CEu). Por razones políticas, fácilmente comprensibles, es bastante improbable que la Comisión denuncie a un Estado por este motivo. Si la denuncia llegara no obstante a producirse, el TJUE podría encontrarse ante la obligación de aplicar el estándar de la Constitución nacional, cuando este fuera superior al estándar de la CEu. En este supuesto, sin duda excepcional (la CEu ha sido bastante más generosa en el reconocimiento de derechos que la media de las Constituciones nacionales), las posibilidades abiertas al TJUE son las mismas que en el caso anterior, esto es, interpretar extensivamente la CEu o limitar la solución a la justicia del caso concreto. La opción a favor de esta segunda posibilidad resulta, sin embargo, aquí más problemática: al margen del difícil equilibrio, ya comentado, que implica, puede dar lugar a importantes diferencias de trato según el Estado afectado, a la larga peligrosa para la consolidación de un sistema propiamente comunitario de derechos e incluso para la misma lógica de la integración. Téngase en cuenta que, si en el supuesto anterior (control de la vinculación de la Unión) la comparación tenía lugar entre el estándar de la CEu y un estándar común a todos los Estados miembros, ahora la comparación se produce entre el estándar de la CEu y los 25 estándares de las Constituciones nacionales.

Las peculiaridades de cada supuesto de hecho decidirán cuál de las dos opciones resulta más conveniente. Tampoco aquí resultan previsibles manifestaciones claras a favor de una u otra opción, por lo que seguramente se impondrán soluciones de compromiso, que eviten una toma de postura explícita sobre la relación entre Constituciones, tal y como ha sucedido en la previa jurisprudencia del TJCE⁹⁴.

Por último, también los tribunales nacionales, dada su condición de jueces ordinarios del Derecho comunitario, deben controlar la vinculación de sus respectivos Estados a los DFC, en los supuestos de aplicación del Derecho de la Unión. En estos casos, lo normal será la interferencia, al menos, de los niveles comunitario, internacional y constitucional nacional: los convenios internacionales y la Constitución nacional vinculan, *en todo caso*, al Estado, aplique o no el Derecho de la Unión. Según el artículo II-113, el juez nacional debe aplicar, en cada caso concreto, el estándar superior, que en hipótesis podría ser cualquiera de los tres. Lo normal será que no existan antinomias normativas⁹⁵ y que por tanto la prevalencia del estándar máximo se aplique sin dificultad, haciendo abstracción de la distinta posición jerárquica de los ordenamientos respectivos⁹⁶; como hemos apuntado con anterioridad, el artículo 10.2 CE aporta un nuevo argumento jurídico a favor de la regla del estándar máximo.

⁹⁴Vid., como caso paradigmático, la STJCE de 4 de octubre de 1991 (150/90), según la cual no llega a apreciarse incompatibilidad entre el derecho a la vida de la Constitución irlandesa y la libre prestación de servicios del TCE, con el argumento de que no se vio afectada, en realidad, dicha libertad.

⁹⁵La antinomia no implica que dos normas tienen un significado diferente sino contradictorio (vid., al respecto, N. BOBBIO, *Teoría General del Derecho*, Debate, Madrid, 1991, pp. 196 y ss.). P. ej., no resultaría incompatible, en principio, que una norma incluyera, como contenido del derecho a la seguridad social, las prestaciones A y B y que otra norma añadiera a dicho contenido la prestación C. Sin embargo, resultaría incompatible derivar del derecho a la vida, en una norma la prohibición del aborto y en otra su permisión.

⁹⁶Vid., como caso paradigmático, la STJCE de 28 de octubre de 1999 (187/98), que ofrece una interpretación diferente a la realizada en Grecia del derecho fundamental a la no discriminación en razón de sexo, sin apreciar sin embargo contradicción entre la Constitución griega y el TCE.

No cabe descartar, sin embargo, que en supuestos excepcionales pueda darse una antinomia entre ordenamientos que no pueda salvarse mediante una interpretación flexible de las normas respectivas⁹⁷. Centrémonos en el supuesto que aquí más interesa, el de contradicción entre la CEu y la Constitución nacional. En España, la primacía de la CE sobre los tratados, proclamada por el Tribunal Constitucional, resulta trasladable a este caso, pues formalmente la CEu no es distinta al TCE. Si un juez nacional considera que el nivel de protección de la CEu no sólo es distinto al propio de la CE sino contradictorio con esta, debería plantear una cuestión de inconstitucionalidad contra el precepto correspondiente de la CEu. Es evidente que, por razones políticas, será extremadamente difícil tanto el planteamiento de una cuestión de esta naturaleza como un pronunciamiento estimatorio por parte de nuestra jurisdicción constitucional.

6. La interpretación según las Explicaciones del Praesidium

La Conferencia de Representantes de los Gobiernos introdujo, a última hora y sin debate público, la alusión expresa del artículo II-112.7 CEu a las Explicaciones del Praesidium, que ya aparecía en la versión del Preámbulo de la Parte II aprobada por la Convención. Parece configurarse así una cierta obligación jurídica de interpretación originalista, inédita en el Derecho comparado. Consideramos, no obstante, que dada la fórmula empleada, no demasiado tajante (“serán tenidas debidamente en cuenta”), y la presencia simultánea de otros muchos criterios de interpretación, recogidos o no expresamente en el artículo 112, la libertad del intérprete no se verá seriamente afectada por el apartado 7. Al final, las Explicaciones serán utilizadas en la práctica por los jueces, como uno más de los métodos propios (si acaso, como un método privilegiado) de la dogmática.

V. LAS INTERVENCIONES Y LOS LÍMITES DE LOS DERECHOS

En la regulación de los límites de los derechos fundamentales, la CEu renuncia a seguir la técnica característica del CEDH (enunciación de límites específicos de cada derecho), en favor de una técnica similar a la iniciada por el artículo 29.2 DUDH⁹⁸ y seguida hoy, de forma bastante consolidada, por el Derecho constitucional nacional, especialmente por obra de la jurisprudencia⁹⁹, tanto de los Tribunales Constitucionales como del TEDH y del

⁹⁷Vid., como caso paradigmático, la STJCE de 11 de enero de 2000 (285/98), sobre el servicio militar de las mujeres en Alemania.

⁹⁸“En el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática”. La comparación entre este precepto y el art. II-112.1 CEu ejemplifica bastante bien la evolución (en términos de progresiva depuración de las categorías) de la dogmática en esta materia.

⁹⁹Con la excepción del art. 18 de la Constitución portuguesa, que contiene una regulación bastante completa, los textos constitucionales únicamente prevén, a lo sumo, parte de la regulación de los límites. P. ej., en Alemania, donde esta construcción se encuentra dogmáticamente muy desarrollada, el art. 19 I.FB sólo incluye la reserva de ley y el contenido esencial, y en similares términos se expresa el art. 53.1 CE. En contraste, la mayor parte de los textos constitucionales prevén la suspensión de derechos, algo no previsto en la CEu.

propio TJCE¹⁰⁰: permitir la limitación de los derechos fundamentales, siempre que quede sujeta a unos *límites de los límites*. Se trata de una decisión más coherente con la lógica de un diseño institucional pretendidamente autosuficiente (algo que no se da en el CEDH) y que permite una mayor flexibilidad (no hay un catálogo cerrado de límites) al intérprete y, sobre todo, al legislador comunitario, de forma tal que la aparición de los DFC no impida el desarrollo natural del amplio número de políticas previstas en la Parte III de la CEu.

Para la mejor comprensión del precepto, conviene distinguir entre dos categorías, no diferenciadas por lo general en los textos normativos (así, tampoco en el art. II-112.1, que sólo utiliza el término “limitación”): intervención y límite en sentido estricto¹⁰¹. La intervención, injerencia o afectación sobre un derecho es aquella acción realizada por un obligado del mismo (en nuestro caso, la Unión o los poderes públicos nacionales cuando aplican el Derecho de la Unión) y que afecta negativa y significativamente a una o más de las facultades o inmunidades que integran su contenido. Las intervenciones han de encontrarse en todo caso justificadas en otros derechos, bienes u objetivos constitucionales; de lo contrario resultarían ilegítimas y vulneradoras del derecho en cuestión. Es precisamente esta justificación la que es calificada como límite en sentido estricto.

Literalmente, las reglas sobre los límites no se aplican a todas las figuras de derechos, sino sólo a los “derechos y libertades”, extraña pareja, procedente seguramente del ya citado artículo 29.2 DUDH, de la que sólo encontramos otras dos referencias en la CEu (arts. II-107 y II-114). A nuestro juicio, no hay que dotar a esta fórmula de un significado delimitador preciso, pudiendo entenderse sin más que el precepto se refiere, sobre todo, a los derechos de defensa.

El artículo II-112.1 viene a recoger la enumeración de los límites de las intervenciones sobre los derechos fundamentales que, con unas u otras matizaciones, se ha abierto paso en la jurisprudencia más reciente, encabezada por el TEDH y por el Tribunal Constitucional Federal alemán. Los llamados *límites de los límites* (en realidad, límites de las intervenciones) son, según el precepto, los cuatro siguientes:

- 1) Contenido esencial. En primer lugar, las intervenciones sobre el contenido de los derechos fundamentales habrán de respetar el contenido esencial de los mismos, norma que si bien se dirige inicialmente al legislador comunitario, resulta aplicable también, *mutatis mutandis*, a las intervenciones que provengan de otros sujetos. Si queremos dotar de algún significado específico a esta cláusula, entendiendo que añade algo a la vinculación general a los derechos fundamentales, el contenido esencial habrá de ser caracterizado de modo absoluto, esto es, considerando que en relación con él no resulta legítima intervención alguna¹⁰². Partiendo de esta concepción,

¹⁰⁰Las Explicaciones del Praesidium citan, por todas, la STJCE de 13 de abril de 2000 (C-292/97). A esta referencia podrían añadirse, entre otras, las SSTJCE de 12 de julio de 1989 (265/87), 8 de abril de 1992 (62/90) o 30 de julio de 1996 (C-84/95).

¹⁰¹Para los conceptos generales que siguen, vid., más ampliamente, G. ESCOBAR ROCA, *Introducción...*, cit., pp. 105 y ss.

¹⁰²En sentido diferente, T. DE DOMINGO PÉREZ y A. L. MARTÍNEZ-PUJALTE, “La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Constitución europea”, en E. Álvarez Conde y V. Garrido Mayol (dirs.), *Comentarios a la Constitución Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 1577 y ss., si bien partiendo de una concepción sobre el contenido mismo de los derechos fundamentales distinta a la que aquí hemos adoptado.

los derechos fundamentales admitirían una bipartición en su contenido, debiendo diferenciarse entre un contenido esencial, que nunca podría verse negativamente afectado, y un contenido no esencial¹⁰³, sobre el que resultarían en principio posibles las intervenciones, respetando en todo caso el resto de los *límites de los límites* del artículo II-112.1. Obviamente, el problema se desplaza así a la determinación del contenido de los derechos, con la obvia dificultad de tener que distinguir qué facultades forman parte del contenido esencial y cuáles del no esencial; prueba de esta dificultad es la relativamente escasa mención a esta garantía en la jurisprudencia constitucional más reciente, incluso en aquellos países que la consagran expresamente¹⁰⁴.

- 2) Fundamento constitucional (límite en sentido estricto). Las intervenciones han de justificarse, bien en “objetivos de interés general reconocidos por la Unión”, bien en los “derechos y libertades de los demás”. Se trata de una doble fórmula de compromiso, encaminada a permitir el control de las intervenciones pero sin constreñir demasiado al legislador comunitario. El compromiso deriva del reconocimiento de los términos acuñados, respectivamente, por la jurisprudencia del TJCE (“objetivos de interés general reconocidos por la Unión”), para una situación algo distinta (inexistencia de una Constitución europea), y por el texto internacional que se adopta como precedente (art. 29.2 DUDH: “derechos y libertades de los demás”).

La doble referencia a los límites plantea serias dificultades para entender la posición jerárquica de la propia CEU, pues si esta quiere ser norma suprema del Derecho de la Unión, sólo en ella deberían encontrar fundamento las intervenciones: los derechos fundamentales son, por definición, vinculantes para el legislador comunitario; por ello, resulta normalmente aceptado por la jurisprudencia constitucional, al menos en España, que los límites de los derechos fundamentales deben encontrar asiento, directo o indirecto, en la Constitución formal. Bien es cierto que desde este planteamiento podría llegar a limitarse en exceso la libertad del legislador comunitario (no siempre será fácil encontrar el pretendido asiento), especialmente si tenemos en cuenta que, a diferencia del CEDH y, parcialmente, de las Constituciones nacionales, la CEU no contiene límites específicos o directos de los derechos que reconoce¹⁰⁵. Ahora bien, si queremos tomarnos realmente en serio los DFC y la primacía de la CEU, debe optarse por una interpretación *constitucionalmente adecuada* de los dos límites citados, y ello en el sentido siguiente: en primer lugar, los “objetivos de interés general reconocidos por la Unión” han de encontrar asiento, directo o

¹⁰³En realidad, en algunos derechos contenido y contenido esencial coinciden, es decir, en ningún caso pueden ser objeto de intervenciones. Este podría ser el caso de los derechos de dignidad (art. II-61) y de prohibición de la tortura y de las penas o tratos inhumanos o degradantes (art. II-64); este último, significativamente, carece de límites específicos en el CEDH (art. 3), rompiendo la sistemática habitual de este texto.

¹⁰⁴En escasas ocasiones el TJCE ha hecho mención de esta cláusula, sin pronunciarse con claridad a favor de una u otra concepción de la misma: SSTJCE de 13 de diciembre de 1979 (44/79), 21 de febrero de 1991 (C-143/88 y C-92/89) y 13 de abril de 2000 (C-292/97).

¹⁰⁵Con la excepción del art. II-77 (derecho de propiedad), que alude a una intervención (la expropiación) y al límite que puede justificarla (la utilidad pública) y, en cierto modo, del art. II-68.2.

indirecto, en la propia CEU¹⁰⁶; en segundo lugar, los “derechos y libertades de los demás” deben entenderse, ante todo, como los derechos fundamentales de la propia CEU, sin descartarse que los llamados principios de la Parte II puedan servir también como límite.

Desde este planteamiento, el CEDH no podría servir para justificar limitaciones no previstas en la propia CEU. De esta forma, el artículo II-112.1 operaría como una regla interpretativa especial que, como tal, primaría sobre la general del artículo II-112.1.

- 3) Reserva de ley. Según el apartado que comentamos, “cualquier limitación” a los derechos fundamentales “deberá ser establecida por la ley”. Al intentar dotar de significado al término “ley”, los comentaristas de la CDF identificaron la expresión del anterior artículo 52 CDF con la ley material (normas generales), partiendo sobre todo del argumento de la inexistencia de leyes formales en el ordenamiento comunitario. A la vista del artículo I-33 CEU, el argumento debe entenderse precisamente en sentido inverso, considerándose así, de conformidad con las tradiciones constitucionales comunes, que la reserva se establece a favor de la ley formal, sea esta ley europea o ley marco europea.

Cualquier interpretación del alcance de la problemática mención a la ley del artículo II-112.1 debe realizarse en coherencia con la comprensión de la reserva de ley en el conjunto del sistema constitucional europeo. No hay en la CEU una reserva explícita de ley a favor de los derechos fundamentales, pero sí una reserva general de ley¹⁰⁷, fundada en el artículo I-36.1 (“elementos esenciales de un ámbito”), que podría y debería ser utilizada en ese sentido, de conformidad con las tradiciones constitucionales de los Estados (art. II-112.4) y con la regla del estándar máximo (art. II-113). De forma complementaria, varias figuras de derechos contienen remisiones al Derecho o a la ley, que también pueden ser entendidas como reservas específicas de ley¹⁰⁸.

Desde la interpretación más favorable a los derechos fundamentales, puede entenderse que el término limitación alude tanto a las intervenciones como a los límites en sentido estricto. De esta forma, el poder reglamentario y el acto administrativo comunitarios tendrían prohibida la intervención o la justificación autónoma de las

¹⁰⁶De hecho, las Explicaciones del Praesidium incluyen tres ejemplos en esta dirección, el primero de límite indirecto y los dos siguientes de límites directos: los arts. 2, 30 y 39.3 TCE (respectivamente, arts. I-3, III-154 y III-133.3 CEU). Hay que advertir, en todo caso, que la justificación constitucional de las intervenciones mediante objetivos (límites indirectos, según la construcción dogmática del Derecho constitucional nacional) habrá de ser especialmente cuidadosa, pues de otro modo se corre el riesgo de reducir a la nada la fuerza normativa de los derechos; sobre todo, deberá evitarse en lo posible el recurso tanto a aquellas normas cuya finalidad está claramente alejada de lo que podríamos denominar el sistema de los derechos como, en general, a las normas de principio, cuya característica indeterminación no permite obtener resultados fiables en la resolución de este tipo de problemas.

¹⁰⁷Ciertamente, sin la claridad que cabría exigir a un texto constitucional. Aunque la CEU avanza bastante en la configuración de un sistema de fuentes adecuado a los principios del Estado constitucional, lo cierto es que deja muchas cuestiones sin resolver o mal resueltas, compleja y multiforme cuestión en la que, lógicamente, no podemos entrar aquí.

¹⁰⁸Dejando de lado las remisiones a las leyes nacionales, que tienen otro sentido, pueden citarse los artículos II-63.2 a), II-68.2, II-76, II-77.1, II-87, II-88, II-90 o II-94.

intervenciones, que sólo resultarían posibles mediando una previa norma de rango legal; recordemos además que, en lo relativo a los límites estrictamente considerados, la ley debe contar a su vez con asiento, directo o indirecto, en la propia CEu. Ni que decir tiene que las posibilidades de control de la vinculación a los DFC que con esta interpretación se abren son amplísimas.

- 4) Principio de proporcionalidad. El principio de proporcionalidad, aceptado hoy, todavía con algunos altibajos e imprecisiones, por la jurisprudencia constitucional de los Estados¹⁰⁹, como *límite de los límites* de los derechos fundamentales, tiene un sentido distinto, aunque con indudables elementos comunes¹¹⁰, al utilizado en relación con la delimitación de competencias entre la Unión y los Estados (art. I-11.4 CEu y Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad). El uso del principio que aquí interesa, no desconocido por el propio TJCE¹¹¹, aparece también en los artículos II-109 y III-377 y debe ser valorado como una aportación muy importante de la CEu al progreso del Derecho constitucional formal.

Según una doctrina consolidada, el principio de proporcionalidad, dirigido a controlar (y, en su caso, justificar) las intervenciones sobre los derechos fundamentales, se concreta a su vez en tres exigencias: a) adecuación o idoneidad (presente en la fórmula “respondan efectivamente”): la intervención debe resultar adecuada o idónea para el fin que se propone, que no es otro que el contenido en la norma constitucional que le dota de cobertura, directa o indirecta; b) necesidad o indispensabilidad (recogido en las expresiones “cuando sean necesarias” y “necesidad de protección”): cuando existan dos o más medios, todos ellos constitucionalmente legítimos, para la consecución del fin que justifica la intervención, deberá optarse por el medio que menos daño cause a los derechos fundamentales; c) ponderación o proporcionalidad en sentido estricto: habida cuenta de que, por definición, entran en colisión dos normas constitucionales (el derecho y su límite) debe intentarse, en la medida de lo posible, una ponderación o equilibrio entre ambas, procurándose que los respectivos intereses subyacentes se respeten en lo esencial.

Ni que decir tiene, por último, que los cuatro criterios examinados para juzgar la constitucionalidad de las intervenciones, al estar muchas veces teñidos de valoraciones políticas (piénsese, p. ej., en la identificación de los límites de los derechos en la CEu, o en la puesta en práctica de los juicios de necesidad y ponderación), deben ser utilizados con cautela, especialmente cuando lo que se está cuestionando es la actuación del legislador comunitario por el TJUE; de otro modo, podría ponerse en riesgo el principio democrático, que debe presidir también la nueva construcción institucional de la Unión Europea (arts. I-2 y I-46.1 CEu). Por otra parte, los aludidos criterios, como los métodos de interpretación de las normas en general, operan en

¹⁰⁹Téngase en cuenta, p. ej., que en España la plena incorporación del principio es relativamente reciente (mediados de los noventa).

¹¹⁰Vid., p. ej., D. U. GALETTA, “El principio de proporcionalidad en el Derecho comunitario”, *Cuadernos de Derecho Público*, nº 5, 1998, esp. pp. 83-97.

¹¹¹P. ej., STJCE de 30 de julio de 1996 (C-84/95).

la argumentación jurídica de modo acumulativo; de esta forma, si una intervención tiene un débil fundamento en la CEu o en las leyes europeas, parece afectar al contenido esencial del derecho y resulta discutiblemente ajustada a los tres elementos del principio de proporcionalidad, podemos esperar con más seguridad su declaración de inconstitucional que si únicamente la intervención hubiera afectado al principio de ponderación.